



L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général et le conflit des lois

Paly Tamega

► To cite this version:

Paly Tamega. L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général et le conflit des lois. Droit. Université Paris Saclay (COmUE), 2015. Français. NNT : 2015SACLV022 . tel-01337685

HAL Id: tel-01337685

<https://theses.hal.science/tel-01337685>

Submitted on 27 Jun 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

NNT : 2015SACLV022

THESE DE DOCTORAT
DE
L'UNIVERSITE PARIS-SACLAY
PREPAREE A
L'UNIVERSITE DE VERSAILLES SAINT-QUENTIN-EN-YVELINES

ÉCOLE DOCTORALE N° 578
Sciences de l'homme et de la société
Spécialité de doctorat : Sciences juridiques

Par

M. Paly TAMEGA

**L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général et
les conflits des lois**

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le 17 décembre 2015 :

Composition du Jury :

Mme, JAULT, Fabienne, Maître de Conférences, UVSQ, Présidente du Jury,

Mme, GALLANT Estelle, Maître de Conférences, École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne,
Rapporteur,

M, KENFACK, Hugues, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, Rapporteur,

Mme, CHIFFLOT-BOURGEOIS, Frédérique, Avocate au Barreau de Paris, Examinatrice,

Mme, CLAVEL-DE LONLAY, Sandrine, Professeur, UVSQ, Directrice de thèse.

Titre : L'acte uniforme relatif au droit commercial général et le conflit des lois.

Mots clés : Conflit de lois, droit matériel, Acte uniforme, conflit de conventions, conflit d'interprétations.

Résumé : Le Traité pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires a été signé à Port Louis (Île Maurice), le 17 octobre 1993 et, entré en vigueur le 18 septembre 1998. Il a été modifié par le Traité de Québec en date du 17 octobre 2008. Ce traité révisé est entré en vigueur le 21 mars 2010. Il a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les États parties. Pour ce faire, il a adopté neuf Actes uniformes dont l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ci-après l'AUDCG qui fait l'objet de notre étude. Le Traité OHADA a également institué une Cour commune de justice et d'arbitrage chargée de l'interprétation et de l'application uniformes desdits actes. L'AUDCG a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1er janvier 1998. Il a été modifié le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de l'OHADA, le 15 février 2011. Il est entré en vigueur le 15 mai 2011. Il est applicable de la même façon dans tous les États contractants. L'existence d'un tel corpus de règles permet de réduire l'importance du for dans la résolution des litiges internationaux et de limiter la nécessité de recourir aux règles de conflits qui génèrent une certaine insécurité juridique. C'est la raison pour laquelle le droit OHADA de manière générale et l'AUDCG en particulier ne se préoccupe pas ou peu des conflits de lois. Pourtant, les conflits de lois subsistent dans l'espace OHADA. D'une part, l'AUDCG laisse subsister les dispositions du droit national du moment qu'elles ne lui sont pas contraires. L'AUDCG peut également faire l'objet de divergences d'interprétations par les juridictions nationales qui sont les juridictions de droit commun du droit harmonisé. Tout conflit d'interprétation est un conflit de lois. D'autre part, l'AUDCG s'insère dans un contexte normatif international caractérisé par une profusion de règles matérielles sous-régionales telles que l'Union Économique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA), la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et internationales de droit matériel tels que la CVIM, le Protocole du 11 avril 1980 et la Convention de New-York du 14 juin 1974 relatifs à la prescription en matière de vente internationale de marchandises, la Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises. De cette imbrication de règles de droit naissent des conflits. Il persiste donc dans l'AUDCG des conflits de lois et des conflits de normes supranationales.

La présente thèse a pour but d'étudier ces conflits ainsi que les principes de solutions qu'il convient d'y appliquer à travers les règles de conflit de lois, les Principes d'Unidroit, la loi d'autonomie, l'arbitrage.

Title : The uniform act relating to general commercial law and the conflict of laws.

Keywords : Uniform act relating to general commercial, conflict of laws, conflict of conventions, conflict of jurisdictions, police laws, arbitration

Abstract : The Treaty for Business Law in Africa Harmonization was signed in Port Louis (Mauritius) , October 17, 1993 and entered into force on 18 September 1998. It was amended by the Treaty of Quebec on 17 October 2008. This revised treaty entered into force March 21, 2010. The treaty's main objective is to address the legal uncertainty and judicial existing in States parties . To do this , it adopted new Uniform Acts including the Uniform Act relating to general commercial law, following the AUDCG which is the subject of our study. The OHADA Treaty has also established a Joint Court of Justice and Arbitration responsible for the interpretation and uniform application of those acts .

The AUDCG was adopted April 17, 1997 and entered into force on 1 January 1998. It was amended December 15, 2010 and published in the Official Gazette of OHADA , February 15 , 2011. It entered into force on 15 May 2011. It is applicable in the same way in all Contracting States. The existence of such a set of rules to reduce the importance of the forum in the resolution of international disputes and reduce the need to resort to conflict rules that generate legal uncertainty. That is why OHADA law so general and especially AUDCG does not care or whatever conflict of laws.

Yet the conflict of laws remain in OHADA . First, the AUDCG leaves the provisions of national law as long as they are not contrary to it. The AUDCG may also be subject to differing interpretations by national courts which are the ordinary courts of harmonized law.

Furthermore, the AUDCG is part of an international legislative context involving a wealth of substantive rules subregional such as West Africa 's Economic and Monetary Union (UEMOA) , the Economic Community of States of West Africa (ECOWAS) , the Economic and Monetary Community of Central Africa (CEMAC) and the Economic Community of Central African States and international substantive law such as the CISG , Protocol of 11 April 1980 and the New York Convention of 14 June 1974 relating to the limitation period in the international sale of goods .

This interweaving of law born of conflict. So AUDCG persists in the conflict of laws and conflict of supranational norms .

This thesis aims to investigate these conflicts as well as the principles of solutions that these should be applied through the conflict of laws rules , the UNIDROIT Principles of the law of autonomy, arbitration.

REMERCIEMENTS

La thèse en droit privé est une étape importante correspondant à l'aboutissement de longues et enrichissantes années d'études. Je souhaite ainsi adresser mes remerciements à toutes les personnes m'ayant permis d'arriver jusque là et particulièrement :

A Madame Sandrine CLAVEL dont la rigueur et l'exigence de clarté n'ont d'égales que la bienveillance et l'attention,

A Maître Frédérique CHIFFLOT BOURGEOIS, Avocate au Barreau de Paris, pour m'avoir accordé un rendez-vous et accepté de me relire et de me donner son avis d'expert sur un sujet qu'elle maîtrise à la perfection,

Au Professeur Fabienne JAULT de m'avoir fait l'honneur de présider mon jury de thèse,

Au Professeur Hugues KENFACK, pour avoir accepté d'être Rapporteur de ma thèse, de me donner son avis d'expert sur un sujet qu'il maîtrise à la perfection,

Au Professeur Estelle GALLANT pour avoir accepté d'être Rapporteur de ma thèse,

A mon ami, Thomas LEFEBVRE, Avocat au Barreau de Paris pour sa relecture et ses suggestions,

A mon ami, Karel ROYNETTE, Avocat aux Barreaux de New-York et de Paris pour sa disponibilité et ses encouragements, pour avoir avancé ensemble, pour partager nos expériences au jour le jour et pour être bien plus que des amis au quotidien,

A mon amie Stéphanie HERSANT, pour sa relecture, ses suggestions, son indéfectible amitié,

A Madame Bernadette LAFONT Responsable de la bibliothèque de droit comparé de Paris II pour son inépuisable gentillesse,

A Madame Nelly JEMOUI pour sa franche collaboration, son soutien moral, logistique et pour son amitié,

A mes frères et soeurs pour leur soutien moral tout au long de ces années, dans les moments joyeux comme difficiles,

Enfin, à mes parents pour leur amour et leurs soutiens, à qui je dédie cette thèse, que je sais si fiers de mon parcours et qui auraient tant aimé être présents.

Merci. Ce travail et son aboutissement vous doivent beaucoup.

Principales abréviations

AUA	Acte uniforme relatif à l'arbitrage
AUCTMR	Acte uniforme relatif aux contrats de transports de marchandises par route
AUDC	Acte uniforme relatif au droit des contrats
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUPOS	Acte uniforme Portant organisation des sûretés
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUSC-GIE	Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CEDEAO	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIMA	Conférence Interafricaine de marchés d'Assurance
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJ/UEMOA	Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CVIM	Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COCCS	code des obligations civiles et commerciales du

Sénégal

COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
CRVIM	Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises
FMI	Fonds monétaire international
J.O	Journal Officiel
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires
RA.CCJA et	Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice d'arbitrage
RCCM	Régistre du commerce et du Crédit Mobilier
RDIP	Règles de droit international privé
Régl. CE	Règlement de la Commission Européenne
RGO	Régime générale des obligations du Mali
SADC	Southern African Development Community
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.
UEMOA	Union monétaire ouest-africaine

REVUES

Bull. CCI	Bulletin de la Chambre de commerce international
Gaz.Pal	Gazette du Palais
JDI	Journal du droit international
JCP	Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)
JCP International	Juris-Classeur droit international
RBD	Revue Burkinabè de droit
R.C.A.D.I	Recueil des Cours de l'Académie de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
Rec. Dall	Recueil Dalloz
RDIP	Répertoire de droit international privé, Dalloz
Rev.arb	Revue de l'arbitrage
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RTDA	Revue Trimestrielle de droit africain
RTD Civ	Revue Trimestrielle de droit civil
Sent. CCI	Sentence Chambre de Commerce Internationale
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé

SOMMAIRE

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

PERSISTANCE DES CONFLITS DE LOIS DANS L'AUDCG

TITRE I Le conflit né de l'incomplétude de l'AUDCG.

Chapitre I conflits de lois et lacunes externes de l'AUDCG

Chapitre II Conflits de lois et lacunes internes de l'AUDCG

Titre II: Le conflit substantiel né de l'interprétation de l'AUDCG

Chapitre I Les conflits d'interprétation de l'AUDCG nés des juridictions nationales

Chapitre II : Les divergences d'interprétation nées du contentieux arbitral

DEUXIEME PARTIE

LES CONFLITS DE NORMES SUPRANATIONALES

Titre I Conflits de conventions sous- régionales

Chapitre I : concurrence entre AUDCG dans ses dispositions relatives aux effets de commerce et le règlement UEMOA n°15/2002 relatif aux systèmes de paiement.

Chapitre II Conflit de normes droit OHADA et droit UEMOA des investissements

Titre II Le conflit né de conventions supra regionales

Chapitre I Risque de conflits ou de concurrence entre l'AUDCG et les conventions de droit matériel sur la prescription en matière de vente de marchandises

Chapitre II Risques de conflits entre l'AUDCG et les conventions de droit matériel relatives a la vente commerciale et a la représentation

L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL ET LES CONFLIT DES LOIS.

« Le commerce, en se développant, nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs ; il a uni et mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées. La boussole ouvrit l'univers; le commerce l'a rendu sociable ». **Portalis**, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.

INTRODUCTION

Le contrat est défini comme la concrétisation de l'engagement d'une partie envers une autre. Ce qui a fait dire au doyen Carbonnier que le contrat est, de manière générale « *toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* »¹. Le contrat en droit international est défini selon un critère d'extranéité et un critère économique. Selon le critère d'extranéité, est international « *tout contrat présentant des liens avec plus d'un système juridique* »². Selon le critère économique, est international le contrat « *qui met en cause les intérêts du commerce international* »³, l'opération impliquant le plus souvent un mouvement de biens ou de services à travers les frontières, « *un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières* ».

Le contrat participe donc à l'essor du commerce interne et international.

Le contrat se décline en droit international sous plusieurs formes dont deux seulement retiendront notre attention : la vente commerciale internationale et les contrats de représentation.

La vente internationale est probablement l'opération juridique la plus développée du commerce international. Elle est par essence une opération qui traverse les frontières⁴. Au même titre qu'elle a historiquement permis le développement du commerce, elle est aujourd'hui l'un des outils majeurs qui parachèvent la mondialisation des économies.

Pour être un instrument efficace, le droit de la vente ne doit pas varier au gré des lois applicables. Son efficacité impose que les contractants ne soient pas soumis aux vicissitudes des différences de législations, et qu'ils soient assurés de l'effectivité de leur engagement, c'est-à-dire de leur contrat. Pour un contractant, s'engager n'est jamais une fin, c'est ce à quoi il s'engage qui est son but⁵.

Dès lors, il est nécessaire que le régime juridique applicable à la vente commerciale internationale soit le même dans tous les États membres de la communauté internationale. Mais si le régime juridique de la vente commerciale internationale tend à l'uniformité, force est de reconnaître que l'uniformisation du droit commercial en Afrique ne s'est fait pas sans heurts.

¹ J. Carbonnier, *"Les biens, les obligations"*, Paris, PUF, 2004.

² Lamy, contrat international-notion, n°2427, 2015.

³ Jurisprudence Matter, Aff. Pelissier du Besset. Civ. 17 mai 1927, D.P. 1928 I. 25, note Henri Capitant.

⁴ M. Carbo, « *Le droit positif de la vente internationale* », Les Petites Affiches, 11 févr.1999, n°30, p.4.

⁵ Op.cit, n°4.

Le développement des transactions commerciales de l'Afrique avec l'étranger⁶ a mis en exergue le besoin d'un encadrement adéquat afin d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridiques.

C'est ainsi que des tentatives d'unification du droit commercial en Afrique ont été entreprises çà et là. Nous retrouvons, à travers les siècles, des traces d'uniformisation du droit commercial international africain.

Dans les premiers temps, les contrats locaux étaient conclus et exécutés instantanément. A cet égard, ils nécessitaient des règles minimales⁷. Ainsi, le droit coutumier des contrats exigeait des éléments formels dans la formation des contrats et de leur preuve⁸.

Ensuite, l'Afrique était et reste au carrefour des routes du commerce. La découverte de ces routes lui a permis d'avoir des relations commerciales avec le reste du monde. Ainsi, les commerçants, les navigateurs et les négociants avaient installé des comptoirs et des ports sur les côtes africaines afin de vendre leurs marchandises. A défaut de s'établir durablement, les acteurs du commerce se constituaient un réseau afin de commercialiser leurs produits sur place. Ces réseaux commerciaux ont ensuite été affectés par les bouleversements religieux, politiques et sociaux qui ont accompagné l'avènement de la religion musulmane au VII^{ème} siècle et la colonisation de l'Europe au milieu du XVI^{ème} siècle.

C'est dans ces conditions que l'Afrique a noué des relations commerciales avec le monde arabe. L'installation des premiers Arabes sur les côtes africaines s'expliquait par leur volonté de contrôler le commerce maritime. Ce commerce essentiellement localisé (comptoirs ou ports) a été étendu à l'ensemble des territoires de l'intérieur conformément à la doctrine islamique de l'époque selon laquelle, « *pour maintenir une activité commerciale fructueuse, il faut aller à la source des biens que l'on veut négocier et non plus les attendre* »⁹. C'est dans ce contexte que les sultans arabes ont entrés en compétition pour le contrôle des voies commerciales maritimes. Ils ont également

⁶L. G. Castellani, « Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI », Rev. de droit Uniforme.2008, p.101.

⁷ R. Frimpong Oppong, « Private International law in Africa : the Past, Present and Future », 55 American Journal of Comparative Law (2007), 677 (689).

⁸ Voir N. R., Anthropologie juridique, PUF, Paris (1988), paras, 160-170 (258-272 dans l'édition italienne). Propos en faveur de l'uniformisation du droit coutumier des contrats : K. M'Baye, « *L'expérience du droit uniforme dans les pays d'Afrique* », in : Unidroit (Ed), International Uniform Law in Practice/Le droit uniforme international dans la pratique (Acts and Proceedings of the 3rd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law (Rome 7-10 September 1987), Oceana, New-York (1988), 48-65.

⁹Op.cit, note n°8.

entrepris de soumettre politiquement l'ensemble des cités des routes transsahariennes afin de contrôler les échanges et de les développer. Enfin, le contrôle de ces routes a permis de favoriser la pénétration du continent par les caravanes constituées sur la côte¹⁰. Les Écoles islamiques ont également permis de promouvoir l'uniformité du droit commercial en Afrique grâce à leur influence sur les populations locales¹¹.

Enfin, l'Afrique a été au centre des préoccupations commerciales des européens à partir du milieu du XVIème siècle. C'est à compter de cette période que les éléments du droit commercial européen sont parvenus en Afrique par l'intermédiaire des commerçants européens¹². Des éléments d'uniformité se retrouvent, à divers degrés dans tous les domaines du droit commercial africain pré colonial.

L'impact du droit commercial colonial fut double pour les pays africains colonisés par la France. Tout d'abord la France a apporté avec elle l'ensemble de son droit commercial dans ses colonies¹³, même si son application était limitée aux cas où au moins une des parties était française.

Le droit commercial colonial était écrit. A cet égard, il assurait la sécurité juridique dans les transactions commerciales. Cette sécurité juridique a poussé les États africains à adopter les sources écrites en lieu et place de leurs règles coutumières et fragmentaires, qui étaient jadis en vigueur¹⁴. C'est ainsi qu'un mouvement d'uniformisation du droit des contrats a commencé à se mettre en place en Afrique.

Les premiers signes de l'unification moderne des législations en Afrique remontent aux lendemains de l'accession à l'indépendance de la plupart des États africains. Dès 1962, la volonté des africains d'unifier le droit en Afrique s'est matérialisée par la signature de la Convention générale de coopération en matière judiciaire entre les pays membres de l'Organisation Commune Africaine et Mauricienne (OCAM)¹⁵ dont le préambule stipulait que « *les parties contractantes s'engagent à prendre toutes dispositions en vue d'harmoniser leurs législations commerciales respectives dans*

¹⁰J.Cl. Penard, « *Commerce et religion : Expansion et configuration de l'islam en Afrique orientale* », cahier des recherches africaines, 1960, p.184 et s.

¹¹ Op. cit, note n°6.

¹²Op. cit, note n°6.

¹³ R. Sacco et al. *Il diritto africano*, UTET, Torino (1995), 129.

¹⁴ Op. cit, note n°6, spéc. p.103.

¹⁵ L'OCAM a été créée en 1965 par transformation de l'Union Africaine et Malgache de Coopération Économique, elle devient organisation commune africaine, malgache et mauricienne, avant de devenir OCAM en 1973 avec le retrait de Madagascar.

toute la mesure compatible avec les exigences pouvant résulter de chacune d'elles ». Le Bureau africain et malgache de recherches et d'études législatives, ci-après BAMREL, fut chargé de la mission d'unifier les législations de ses États membres. Ses rédacteurs avaient alors repris les dispositions des conventions internationales auxquelles les États membres avaient adhéré. Ainsi, il n'y avait plus de doute que l'unification du droit serait largement acceptée en Afrique¹⁶.

Mais c'est véritablement à la fin du XXème siècle que le droit commercial international de manière générale a connu les premières tentatives d'unification au niveau mondial au travers de traités dont l'application a été étendue aux colonies¹⁷. C'est dans ces conditions que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ci-après CVIM, a été adoptée le 11 avril 1980 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Au 3 juillet 2015, seuls dix États africains l'ont ratifiée¹⁸.

Plus récemment des traités sous-régionaux et régionaux ont vu le jour, en Afrique, ayant tous ou presque pour objectif l'intégration économique et juridique.

D'abord, en Afrique de l'Ouest, la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a été fondée en mai 1975 . Elle regroupe quinze États. Elle a pour objectif d'assurer l'intégration économique et juridique. Sa spécificité est qu'elle regroupe à la fois des États francophones et des États anglophones.

¹⁶ A. Allot, « *The Unification of Laws in Africa* », 16 American Journal of Comparative Law (1968), p.51-87.

¹⁷ La Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de lettres de change et de billets à ordre de 1931.

¹⁸ La République Démocratique du Congo (RDC) est le dernier État membre de l'OHADA à avoir adhéré à la CVIM. Elle a adhéré à la CVIM, le 11 juin 2014. La CVIM y est entrée en vigueur, le 1er juillet 2015.

Ensuite les États de l'Afrique de l'ouest ayant en partage le franc CFA ont adopté un traité dénommé Traité de l'Union Monétaire de l'Afrique de l'Ouest, ci-après UMOA, devenue l'Union Économique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest, ci-après UEMOA. Ce traité regroupe huit États¹⁹. Il a un objectif essentiellement économique à l'instar de l'Union Européenne. Il vise également à mettre en œuvre des politiques communes sur le plan économique et monétaire avec l'adoption d'une monnaie commune, le franc CFA ainsi qu'à réaliser un marché commun. Il est doté d'un organe législatif, le Conseil des Ministres, lequel adopte des règlements et des directives. Les premiers sont directement applicables dans le droit interne des États membres tandis que les secondes doivent être transposées. Le traité UEMOA s'est doté d'un organe juridictionnel, la Cour de justice de l'UEMOA, organe chargé de se prononcer sur l'application des textes communautaires.

En Afrique centrale, la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale, ci-après CEMAC, a remplacé en 1996 l'Union Douanière des États de l'Afrique Centrale. Cette organisation a également un triple objectif : l'intégration économique, monétaire et juridique.

Malheureusement, les espérances dans le domaine du droit uniforme africain n'ont pas été suivies de résultats escomptés. Ces échecs s'expliquent par plusieurs raisons :

- La profusion d'organisations régionales et sous-régionales africaines ayant parfois des mandats similaires. La multiplication de ces organisations en charge de l'intégration économique (CEDEAO ; UEMOA ; CEMAC, Union du Maghreb Arabe, ci-après UMA ; etc.) incluant parfois l'harmonisation juridique et leur insuffisante coordination sont sources de dysharmonie.
- Le souci de protéger la souveraineté nationale. Les jeunes États africains indépendants étaient jaloux de leur souveraineté et; en conséquence; voyaient d'un mauvais œil l'intervention d'un organe supranational pour rendre la justice au nom de leur peuple. Ils y voyaient un abandon de souveraineté. Pour les mêmes raisons, ils ont manifesté leur méfiance à l'égard de l'introduction de l'arbitrage dans leur corpus juridique.
- La participation insuffisante des États africains aux instruments internationaux. En effet, si l'on prend pour référence la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales de 1958 dite Convention de New-York et la CVIM, on s'aperçoit que seuls trente États africains sont parties à la Convention de New-York et

¹⁹ L'UEMOA a été créée en 1994 au Sénégal. Elle regroupe : le Bénin, le Burkina-Faso, la Côte-d'Ivoire, la Guinée Bissau qui a adhéré en 1997, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

seulement dix le sont à la CVIM²⁰.

- Les divergences entre les droits internes des États membres. En effet, des années après leur indépendance, les États africains ont fait évoluer séparément leurs législations nationales conformément à l'expression de la souveraineté nationale ci-dessus évoquée.
- Le conflit entre le droit coutumier et les droits occidentaux reçus en héritage. Il existe encore des pays africains où la coutume coexiste avec la loi écrite (Bénin, Mali, Guinée, Burkina Faso, Sénégal, Côte d'Ivoire).
- Le manque de réglementation dans les domaines commerciaux clés et l'insuffisance des règles de conflit de lois. En réalité, peu d'initiatives tendant à la réforme du droit commercial ont été entreprises en Afrique au cours des dernières décennies. Les efforts entrepris dans le domaine du droit de la vente sont restés limités et relevaient pour l'essentiel d'une réglementation générale et vétuste contenue dans les différents codes civils. La plupart des États d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique Centrale ne disposaient d'aucune législation spécifique consacrée à la vente commerciale²¹. En outre, il y a eu très peu de pays qui se sont dotés d'une nouvelle législation sur les contrats ou les obligations²² si ce n'est le Sénégal, (loi du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du code des obligations civiles et commerciales), la Guinée-Conakry, (code civil de 1983) et le Mali, (loi du 29 août 1987 fixant régime général des obligations)²³. Dans la plupart de ces pays, la doctrine est rare, et la jurisprudence locale très mal connue. Enfin, rares sont les pays africains qui se sont dotés de règles de conflit de lois.
- Les organisations internationales africaines sont paralysées par les désaccords, les défections et le manque de moyens. Ce qui a fait dire à un auteur que les rapports entre les ex-colonies et la France sont plus efficaces et concrets²⁴ que les organisations que nous avons citées supra.

Dans ces conditions, nul ne peut prévoir la loi applicable ainsi que les solutions aux différends commerciaux en Afrique. Il en résulte une insécurité juridique et judiciaire qui n'est pas de nature à

²⁰ Au 03 juillet 2015, 80 États sont parties à la CVIM, Source: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_statuts.html. La RDC devait devenir le dixième État africain membre de l'OHADA à adhérer à la CVIM.

²¹ A. Fénéon, « *L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale* », Penant, 2006, p.465.

²² M. Fontaine, Revue de droit uniforme, mai 2006, p. 7.

²³ Op.cit, note n°22.

²⁴ R. Sacco, « *Le droit africain* », anthropologie et droit positif, Dalloz, 2009, spé. p.176.

favoriser l'investissement et les échanges commerciaux tandis que les ressources de l'Afrique prennent une importance capitale pour les opérateurs du commerce international.

Aussi, les acteurs du commerce international s'accommodent de moins en moins des divergences de ces ordres juridiques. Ils ont besoin d'un encadrement juridique idoine des opérations du commerce international. A cet égard l'intégration juridique des normes régissant les opérations du commerce international apparaît comme une des solutions les plus avantageuses. Ce but ne peut être effectivement atteint qu'en regardant au-delà des sources nationales des législations respectives des États africains.

C'est dans ces conditions que certains États africains²⁵ ont signé le Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, ci-après OHADA, sous le parrainage de la France.

L'OHADA a été créée par le Traité de Port-Louis (Île Maurice) en date du 17 octobre 1993. Elle est entrée en vigueur le 18 septembre 1995. Elle a été modifiée par le Traité de Québec en date du 17 octobre 2008. Ce traité révisé est entré en vigueur le 21 mars 2010. L'objectif de l'OHADA est l'élaboration et l'adoption « *de règles communes simples, modernes et adaptées* »²⁶.

Le Traité OHADA est une œuvre d'intégration juridique. Cette dernière est définie comme « *le processus ou le résultat d'une opération par laquelle une diversité de normes, de règles substantielles sont incorporées dans un ensemble unique en vue d'alléger ou de supprimer les différences entre elles* »²⁷. Selon le Pr. Joseph Issa Sayegh, l'intégration juridique se définit comme « *le transfert de compétences étatiques de deux ou de plusieurs États à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supra nationales ou supra étatiques pour réaliser un ensemble juridique unique et cohérent, dans lequel les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les membres se sont*

²⁵ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo Brazzaville, Congo Kinshasa, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo. Ce nombre est bien évidemment susceptible d'évoluer, les adhésions demeurant ouvertes aux États membres et non membres de l'OUA.

²⁶ L'article 1er du Traité OHADA dispose que « *Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ».

²⁷ Voir, J. I. Sayegh, « *Harmonisation du droit des affaires* », Collection droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles 2002, n° 91, p.43 et 44. L'intégration envisagée ici concerne les normes matérielles et non les règles de conflit.

assignés »²⁸.

A l'effet d'atteindre cet objectif, le Traité OHADA a institué en son article 10 la primauté des règles désignées sous le nom d' « *actes uniformes* » sur le droit national de chacun des États parties et leur application directe dans le droit interne de ces États²⁹. Mais l'acception « acte uniforme » est difficile à définir juridiquement.

De manière générale, l'essentiel du droit OHADA est formé de règles matérielles que sont les Actes uniformes³⁰. A cet égard, ils sont « *directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Il en résulte que les Actes uniformes abrogent les dispositions du droit national antérieur et font obstacle à l'élaboration de nouvelles règles contraires, relatives aux mêmes questions³¹. Ils ont une primauté sur les droits nationaux dans leur domaine d'application.

Ainsi, les Actes uniformes de l'OHADA peuvent être définis comme des règles de droit matériel dont le contenu est le même quel que soit le pays où l'on se trouve et qui s'appliquent de la même manière quel que soit le juge saisi.

Au nombre des Actes uniformes adoptés figure l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ci-après l'AUDCG. Cet Acte a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1er janvier 1998. Il a été modifié le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de l'OHADA, le 15 février 2011. Ce nouvel AUDCG entré en vigueur le 16 mai 2011, comporte 307 articles. Il est divisé en neuf livres. Mais c'est essentiellement le Livre I (Chapitres I, II et IV) dans ses dispositions relatives à la capacité des commerçants et à la prescription de leurs obligations, le Livre IV relatif aux intermédiaires de commerce (commissionnaire, courtier, agent commercial) et le Livre VIII sur la vente commerciale qui retiendront notre attention.

L'AUDCG constitue aujourd'hui le droit matériel uniforme de la vente commerciale et des intermédiaires de commerce des dix-sept³² États membres de l'OHADA.

²⁸Op. cit note n°27.

²⁹L'article 10 du Traité OHADA dispose que « *Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieures ou postérieures* ».

³⁰ L'article 5 du Traité OHADA dispose que « *Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes »* ».

³¹G. Ngoumtsa Anou, « *Droit OHADA et conflits de lois* », L.G.D.J, 2013, spé. P11.

³²Op. cit, note n°26.

Le chapitre préliminaire de l'AUDCG traite de son champ d'application. Il mérite quelques observations en raison de son intérêt. Il définit les personnes soumises au nouveau droit.

S'agissant des personnes assujetties aux nouvelles normes, ce sont les commerçants personnes physiques et personnes morales³³. L'AUDCG s'applique également aux sociétés qui sont des personnes morales commerçantes³⁴. Il s'applique enfin aux GIE.

Le champ d'application matériel de l'AUDCG s'étend «*au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8* » tel qu'il ressort du Traité OHADA³⁵.

Après ces précisions, il convient de présenter succinctement et successivement les Livres I, IV et VIII de l'AUDCG.

Le Livre I de l'AUDCG traite du statut des commerçants qui fait l'objet de dispositions peu nombreuses (articles 2 à 7). Il est composé de quatre chapitres relatifs respectivement à la définition du commerçant et des actes de commerce, à la capacité d'exercer le commerce, aux obligations comptables du commerçant et à la prescription. Mais ce sont essentiellement les Chapitres II et IV qui retiendront notre attention.

Le commerçant est défini à l'article 2 de l'AUDCG qui dispose qu'« *est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ».

L'AUDCG dresse la liste des actes de commerce en l'élargissant aux opérations de télécommunication ou à l'achat de biens immeubles en vue de leur revente. L'élargissement découle, ensuite, de l'intégration de la catégorie jurisprudentielle des actes de commerce par accessoire dans la liste de l'article 3 de l'AUDCG : ce sont les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et les actes effectués par les sociétés commerciales³⁶. L'élargissement procède enfin de l'extension de la commercialité par la forme au billet à ordre et au warrant alors qu'auparavant

³³F.M. Sawadogo, « *droit spécifique sur l'OHADA : l'AUDCG, l'AUS, l'AUPSRE et l'AUPC* », Session de formation de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, ERSUMA, 18/22 décembre 2006. p.97.

³⁴Op.cit, note n°33.

³⁵L'article 2 du Traité OHADA cite une longue liste de matières entrant dans le domaine du droit des affaires.

³⁶Op.cit, note n°33.

n'était visée que la lettre de change³⁷.

L'AUDCG traite de la capacité en tant que condition d'exercice de l'activité commerciale³⁸. Mais le texte est incomplet parce qu'il ne fournissant pas les règles matérielles complètes permettant d'apprécier cette capacité. Tout au plus, l'article 6 de l'AUDCG pose le cadre en stipulant que « *nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ». Aux termes de cet article, pour avoir la qualité de commerçant, il faut avoir la capacité juridique. Il en résulte que le « *mineur non émancipé* » n'a pas la qualité de commerçant³⁹. Il en est de même pour le conjoint qui n'exerce pas une activité commerciale séparée de son époux⁴⁰. Il s'agit assurément de protéger le « *patrimoine familial* » contre les risques du commerce (faillite ou procédure collective)⁴¹.

Les interdictions, incompatibilités et les déchéances sont précisées aux articles 8 et suivants de l'AUDCG.

S'agissant des incompatibilités, elles sont posées à l'article 8 al 1er de l'AUDCG révisé qui dispose que « *nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité* ».

L'article 9 de l'AUDCG précise les fonctions qui sont incompatibles avec l'exercice d'une activité commerciale : il s'agit des « *fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique; - officiers ministériels et auxiliaires de justice: avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateur et liquidateur judiciaire ; - expert-comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime; - plus généralement, toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale* ».

³⁷L'article 4 de l'AUDCG dispose qu'« *ont notamment le caractère d'actes de commerce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant* ».

³⁸Voir le Livre I, Titre I, chapitre 2 de l'AUDCG intitulé « *Capacité d'exercer le commerce* ».

³⁹ L'article 7 alinéa 1 de l'AUDCG dispose que « *le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ».

⁴⁰L'article 7 alinéa 2 dispose que « *le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux Articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint* ».

⁴¹Op. cit, note n°33.

L'AUDCG précise les conditions dans lesquelles les interdictions à titre temporaire et celles à titre définitif ainsi que les interdictions découlant de la faillite personnelle peuvent prendre fin⁴². La sanction des actes accomplis par une personne faisant l'objet d'une interdiction repose sur la théorie de l'apparence qui doit toujours profiter aux tiers de bonne foi. Dans ce sens, les actes accomplis par un interdit sont inopposables aux tiers de bonne foi et celle-ci est présumée. En revanche, ces actes sont opposables à l'interdit⁴³.

Ces précisions semblent à première vue suffisantes pour apprécier l'exigence de capacité posée par l'article 6 de l'AUDCG. Toutefois, la portée de cette règle est nuancée puisque l'article 7 alinéa 1er du même Acte ne définit pas la notion de « mineur », alors que cette notion est susceptible d'acceptions différentes dans les États membres de l'OHADA. En effet, l'âge de la majorité n'est pas le même dans les législations respectives de chacun des États membres comme nous le démontrerons dans nos développements qui suivront.

S'agissant de la prescription, son régime est sensiblement modifié dans la nouvelle version de l'AUDCG. Désormais, l'Acte contient l'exposé du régime général de la prescription extinctive des obligations et précise l'attitude du juge et des parties au regard des effets de la prescription⁴⁴. L'AUDCG a introduit une importante innovation en réduisant le délai de la prescription de droit commun à cinq ans (les obligations commerciales ou mixtes se prescrivent par cinq ans), sauf si elles sont soumises à des prescriptions plus courtes. Selon l'article 16 de l'AUDCG révisé, en effet, *« les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte »*.

La prescription est traitée au regard des règles générales applicables aux opérations et activités commerciales. L'objectif est de guider les parties et le juge dans l'application de ces règles pour une

⁴²L'article 11 de l'AUDCG dispose que *« L'interdiction à titre temporaire d'une durée supérieure à 5 ans, de même que l'interdiction à titre définitif, peuvent être levées, à la requête de l'interdit, par la juridiction qui a prononcé cette interdiction. Cette requête n'est recevable qu'après expiration d'un délai de cinq (5) ans à compter du jour où la décision prononçant l'interdiction est devenue définitive. L'interdiction prend fin par la réhabilitation dans les conditions et les formes prévues par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif »*.

⁴³L'article 12 de l'AUDCG dispose que *« sans préjudice d'autres sanctions, les actes accomplis par un interdit sont inopposables aux tiers de bonne foi. La bonne foi est toujours présumée. Ces actes sont toutefois opposables à l'interdit »*.

⁴⁴D. Tricot, « Prescription », Droit et Patrimoine, n°201, mars 2011.

meilleure sécurité et une prévisibilité mieux assurée⁴⁵. Ainsi, la prescription ne peut être relevée d'office par le juge, mais sauf renonciation, elle peut être opposée en tout état de cause et le paiement d'une dette prescrite ne peut être répété. Les rédacteurs du nouvel AUDCG se sont ainsi inspirés des règles posées en la matière par la loi française n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile tout en les adaptant aux obligations du commerce international.

Le nouvel AUDCG ne traite donc que de la prescription extinctive des obligations et non de la prescription acquisitive, et ces règles ne s'appliquent que si l'obligation dont l'extinction est en cause est-elle même soumise à la loi de l'OHADA, tel qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article 16 précité.

L'article 17 de l'AUDCG fixe le point de départ de la prescription : le délai court à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en justice interruptive de la prescription⁴⁶.

L'AUDCG compare le régime de la prescription à celui de la forclusion à l'article 17. Dans le cas de la forclusion, le délai de prescription court dès la survenance de l'événement que la loi fixe comme point de départ de la forclusion⁴⁷.

L'article 20 de l'AUDCG décrit la suspension de la prescription par ses effets : le cours du délai de prescription est arrêté sans effacer le délai déjà couru. En cela la suspension se différencie de l'interruption, décrite à l'article 22 de l'AUDCG, qui a pour effet d'effacer le délai de la prescription acquis et de faire courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.

L'article 21 de l'AUDCG expose, dans son premier alinéa, les cas de suspension puis développe le régime applicable, d'une part, à une conciliation ou à une médiation, d'autre part, à une mesure judiciaire d'instruction.

⁴⁵Op. cit, note n°44.

⁴⁶Op. cit, note n°44.

⁴⁷Op. cit, note n°44.

Les cas d'interruption de la prescription sont visés à l'article 23 de l'AUDCG. Il s'agit de la reconnaissance par le débiteur, la demande en justice, même en cas d'incompétence ou d'annulation de l'acte introductif d'instance⁴⁸.

Le Livre VII de l'AUDCG traite des intermédiaires du commerce. En matière commerciale, le commerçant est amené à passer des contrats avec une multitude de clients que bien souvent il ne connaît pas lui-même. L'intermédiaire lui permet d'entrer en relation avec ses clients en vue de la conclusion de ces contrats⁴⁹. L'intermédiaire est donc une personne qui fait profession de mettre en relation deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une convention. L'importance des intermédiaires de commerce a amené le législateur OHADA à réglementer la question dans les articles 169 à 233 formant le Livre VII de l'AUDCG.

Selon l'article 169 de l'AUDCG, « *l'intermédiaire de commerce est une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial* ».

Après avoir défini le statut d'intermédiaire de commerce, l'AUDCG a fixé le champ d'application de la réglementation applicable aux intermédiaires. L'AUDCG s'applique aux contrats conclus par l'intermédiaire de commerce, mais aussi à tout acte accompli par lui en vue de la conclusion ou de l'exécution de ces contrats⁵⁰. Il s'applique aux contrats d'intermédiaires internes ou internationaux.

Il s'applique même si le représenté, ou le tiers visé ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires de l'Acte Uniforme, dès lors *a) que l'intermédiaire est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'un des États Parties ; b) ou que l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des États Parties ; c) ou que les règles du droit international privé conduisent à*

⁴⁸ L'article 23 de l'AUDCG révisé dispose que « *La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription. La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription comme le délai de forclusion. Il en est de même lorsque la demande est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de la procédure. L'interruption produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* ».

⁴⁹ Op. cit, note n°33.

⁵⁰ Article 171 de l'AUDCG révisé dispose que « *Les dispositions du présent Livre régissent non seulement la conclusion des contrats par l'intermédiaire de commerce, mais aussi tout acte accompli par lui en vue de la conclusion ou pour l'exécution de ces contrats. Elles s'appliquent aux relations entre toutes les personnes pour lesquelles agit l'intermédiaire, et entre ces personnes et l'intermédiaire lui-même. Elles s'appliquent que l'intermédiaire agisse en son nom propre, tel le commissionnaire ou le courtier, ou au nom du représenté, tel l'agent commercial* ».

*l'application du présent Acte Uniforme*⁵¹. Il en résulte que l'AUDCG s'applique selon les règles de rattachement. Autrement dit, le rapport juridique doit avoir un rapport avec l'espace OHADA, soit que l'intermédiaire est inscrit ou a son siège dans l'un des États membres de l'OHADA ou que les règles de droit international privé du for désignent l'AUDCG. Il fait ainsi de l'intermédiaire le porteur de la loi applicable au fond de la relation entre ce dernier et le représenté.

Dès la conclusion du contrat de vente commerciale entre le représenté et le tiers, l'intermédiaire devient tiers au contrat.

L'AUDCG définit ensuite le statut juridique et les effets juridiques attachés aux actes accomplis par l'intermédiaire puis organise la réglementation spécifique à chaque type d'intermédiaire y compris la cessation du mandat d'intermédiaire.

L'AUDCG prévoit trois types d'intermédiaire: le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial. Les intermédiaires ci-dessus sont donc soumis à un droit matériel unique applicable dans l'espace OHADA, l'AUDCG.

Enfin, le Livre VIII porte sur la vente commerciale qui est considérée comme le fleuron de l'AUDCG et la vitrine juridique de l'OHADA⁵². A cet égard, elle demeure en volume et en symbole, l'élément le plus important de l'AUDCG révisé. Si le nombre des articles qui lui sont consacrés est en réduction (234 à 302 contre 202 à 288 pour l'ancien AUDCG), c'est en raison du glissement des textes antérieurement applicables à la prescription depuis le droit de la vente vers le droit des actes de commerce⁵³.

L'AUDCG, définit son champ d'application, les dispositions générales et la formation du contrat de vente commerciale; - les obligations des parties dans la vente commerciale ; - les sanctions de l'inexécution des obligations des parties; - les effets et la prescription de la vente commerciale. Le champ d'application matériel résulte de l'article 234 al 1 de l'AUDCG aux termes duquel, l'Acte s'applique exclusivement aux ventes commerciales entre commerçants. Ce qui exclut les actes mixtes entre un commerçant et un non-commerçant. Le même article définit ensuite la vente comme *« la fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production »*, ce qui

⁵¹L'article 172 de l'AUDCG dispose que *« les dispositions du présent Livre s'appliquent même si le représenté, ou le tiers visé à l'Article 169 ci-dessus, ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires du présent Acte Uniforme, dès lors : a) que l'intermédiaire est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'un des États Parties ; b) ou que l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des États Parties ; c) ou que les règles du droit international privé conduisent à l'application du présent Acte Uniforme »*.

⁵² D. Tricot, *« Prescription »*, Droit et Patrimoine, n°201, mars 2011.

⁵³ Op. cit, note n°52.

recouvre tous les actes par destination intégrés dans les actes de commerce par nature⁵⁴. L'article 234 ne définit pas la notion de marchandises peut-être à cause des exclusions qui sont prévues aux articles 235 et surtout 236 de l'AUDCG. Aux termes de l'article 235 de l'AUDCG, « *les dispositions du présent Livre ne régissent pas : a) les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage; b) les contrats de fourniture de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services* » tandis que l'article 236 de l'AUDCG dispose que « *les dispositions du présent Livre ne régissent pas davantage les ventes soumises à un régime particulier, notamment : a) les ventes aux enchères; b) les ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; c) les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies; d) les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ; e) les ventes de navires, bateaux, aéronefs et aéronefs ; f) les ventes d'électricité* ».

L'article 234 alinéa 2 de l'AUDCG dispose que « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ». Cet article prévoit une nouvelle articulation avec d'autres dispositions légales ou conventionnelles en matière de vente commerciale, en harmonie avec la CVIM.

Les dispositions générales prévues aux articles 237 à 240 de l'AUDCG exposent les règles auxquelles est soumise la vente commerciale et font référence au principe de loyauté avant d'énoncer des principes d'interprétation de la volonté des parties et le rôle éventuel des usages⁵⁵. Le contrat n'est soumis à aucune forme et sa preuve est libre (article 240 de l'AUDCG).

L'AUDCG est supplétif de volonté selon l'article 239 alinéa 2 qui commence par l'expression « *sauf convention contraire des parties (...)* ». Il en résulte que toutes les dispositions qui suivent ce texte sont énoncés sous réserve de n'être pas écartées par les accords dérogatoires.

S'agissant de la formation du contrat de vente commerciale, l'article 241 de l'AUDCG définit deux formes de conclusion du contrat : une offre acceptée ou un comportement accepté des parties.

Quant aux obligations des parties à un contrat de vente commerciale, elles sont traitées en deux

⁵⁴Op. cit, note n°52.

⁵⁵Voir en ce sens, op. cit, note n° 52.

chapitres, l'un pour le vendeur (chap.I, articles 250 à 259), l'autre pour l'acheteur (chap.II, articles 262 à 274).

Les sanctions de l'inexécution des obligations des parties sont traitées sous un titre V, intitulé « *Inexécution et responsabilité* », après le titre IV consacré aux effets du contrat.

Enfin, s'agissant de la vente commerciale, il est stipulé aux articles 301 et 302 que le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans, sauf dispositions contraires en cette matière, et qu'en cas de garantie contractuelle, le délai de prescription ne court qu'à l'expiration de la garantie.

Il résulte de ce qui précède que le droit commercial dans le Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est régi par l'AUDCG.

Toutefois, le titre ambigu « *Harmonisation* » accolé au traité a amené certains auteurs et praticiens à qualifier indifféremment le droit OHADA de droit harmonisé ou unifié. Il convient de distinguer ces deux appellations.

Notons que ces deux termes, « *harmonisation* » et « *unification* » révèlent un même objectif : celui de mettre en harmonie, de concilier, de mettre en accord les législations, les normes juridiques de plusieurs systèmes juridiques divergents⁵⁶. Mais si elles révèlent un processus similaire, les deux expressions ne recouvrent pas la même réalité⁵⁷.

L'harmonisation est un procédé d'intégration juridique qui consiste à mettre en harmonie les législations afin de réduire les divergences entre elles. Cette intégration se fait par des directives (par opposition aux règlements) qui doivent être transposées dans le droit interne des États membres⁵⁸. L'harmonisation révèle un degré moindre de conciliation que l'unification. Elle laisse subsister plus de divergences, plus de liberté.

L'unification ou l'uniformisation signifie l'élaboration en commun des règles matérielles relatives aux relations entre personnes de droit privé. Elle vise à supprimer les différences entre les législations. Elle vise enfin à faciliter la prévision du droit applicable⁵⁹. Ce qui a fait dire à un auteur qu'elle garantit que « *les tribunaux appliqueront les mêmes règles de droit indépendamment du pays*

⁵⁶C. Kessedjian, « *Droit commercial international et droit international privé* », Semaine juridique, 2008.

⁵⁷ Op. cit, note n°22.

⁵⁸Op. cit, note n°22.

⁵⁹ A. Malintoppi, « *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé* », R.C.A.DI, vol.116 (1965-III), p.1.

dans lequel le procès se déroulera »⁶⁰.

S'agissant du droit OHADA, il ressort expressément de son article 5 que « *les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés d'« actes uniformes»* ». Malgré l'utilisation du terme « *harmonisation* », l'étude des Actes uniformes qui sont pris en application du traité montre que c'est bien d'unification du droit qu'il s'agit et non d'harmonisation⁶¹. Ainsi, les Actes uniformes constituent des droits matériels applicables de la même manière indépendamment du pays dans lequel le procès se déroulera⁶².

Cet effort d'uniformisation en Afrique répond au constat que les droits nationaux ne sont pas toujours adaptés aux relations commerciales internationales, car ils ont été élaborés pour régir des situations internes.

Il convient de relever que le Traité OHADA a conféré la compétence législative au Conseil des Ministres. En effet, aux termes de l'article 8 dudit Traité, il est précisé qu'il revient au Conseil des Ministres d'adopter les Actes uniformes⁶³ préparés par le Secrétariat permanent⁶⁴.

Enfin, les rédacteurs du Traité OHADA ont institué un organe juridictionnel chargé d'assurer l'interprétation cohérente des actes uniformes. Ce faisant, le Traité OHADA a un double objectif : assurer l'intégration économique et la sécurité juridique et judiciaire⁶⁵. En effet, en laissant les organes juridictionnels internes interpréter les Actes uniformes, il y aurait inéluctablement un risque de divergences d'interprétation que la doctrine n'a pas manqué de soulever en ces termes « *il n'y a pas de loi commune lorsque l'unification législative ne s'est pas accompagnée d'une unification juridictionnelle. Le droit vu du côté des sujets, ne s'identifie pas à l'ordre du législateur ; il est composé des règles que les tribunaux appliquent en fait. Autant d'ordres juridictionnels, autant*

⁶⁰Voir par exemple, P.Winship, « *Private International Law and the U.N. Sales Convention* » : Cornell International Law Journal 1988, p.487.

⁶¹Op. cit, note n°22.

⁶²Op cit note n°60.

⁶³L'article 8 du Traité OHADA dispose que « *L'adoption des actes uniformes par le Conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des États Parties présents et votants.*

L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des États Parties sont représentés.

L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes ».

⁶⁴ L'article 6 du Traité OHADA dispose que « *Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des États Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* ».

⁶⁵I.-J. Sayegh, « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc* », Revue de jurisprudence commerciale, juin 1999, p.237.

d'ordres juridiques »⁶⁶.

Cette fonction juridictionnelle est assurée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ci-après CCJA. Elle a une triple fonction :

- Elle est une cour commune suprême chargée de trancher en dernier ressort les conflits relatifs aux Actes uniformes⁶⁷. Dans cette fonction, elle est chargée d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit OHADA. A ce titre, elle a une mission juridictionnelle et consultative, car elle donne également des avis.

S'agissant de sa fonction consultative, elle résulte de l'article 14, al 2 du Traité OHADA⁶⁸.

S'agissant de sa fonction juridictionnelle, elle statue sur toute question d'interprétation et d'application du droit OHADA et ses décisions ont autorité de la chose jugée et force exécutoire dans les États membres⁶⁹. Il en résulte qu'elle statue sur les arrêts rendus par les cours d'appel nationales et sur les décisions rendues en premier et dernier ressorts par les juridictions nationales impliquant l'application des actes uniformes issus du Traité OHADA. L'article 14 alinéa 3 du Traité de l'OHADA dispose que : « *saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements prévus au présent Traité (...)* ». La CCJA est donc saisie par la voie du recours en cassation. Elle se prononce, conformément à l'article 13 du Traité qui dispose que « *le contentieux relatif à l'application des Actes Uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties* ». En d'autres termes,

⁶⁶ P. Mayer et V. Heuzé, « *Droit international privé* », 7ème éd., Domat-Montchrestien, 2001, n°93, qui soulignent au point 94 que même si le traité n'est pas incorporé matériellement dans les droits internes, les risques de divergence d'interprétation subsistent, en l'absence d'une telle juridiction, mais restent préférables à l'application unilatérale des conceptions du for.

⁶⁷ L'article 14, alinéa 1 du Traité OHADA dispose que « *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions* ».

⁶⁸ L'article 14, alinéa 2 du Traité OHADA dispose que « *La Cour peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus* ».

⁶⁹ L'article 20 du Traité OHADA dispose que « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État Partie* ».

ce sont les arrêts rendus par les Cours d'Appel des Etats parties à l'OHADA ou les jugements rendus par leurs juridictions de première instance qui peuvent être déférés à la CCJA par un recours en cassation⁷⁰. Elle a également un pouvoir d'évocation (article 14, paragraphe 5 du traité) ; ce qui lui permet de donner aux faits leur exacte qualification et de statuer sur le fond sans renvoi (article 14, paragraphes 3 et 4) .

La CCJA est un centre d'arbitrage tel qu'il ressort de l'article 21 du Traité OHADA aux termes duquel « *en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre* ».

Il convient de souligner, toutefois, que la CCJA ne tranche pas les litiges. Elle nomme les arbitres ou les confirme⁷¹. Elle examine les projets de sentence que lui soumettent les arbitres. A ce titre, elle est un centre d'arbitrage, pas une juridiction arbitrale.

L'existence d'un droit matériel uniforme a fait dire à certains auteurs qu'il empêche les conflits de lois⁷². Le Pr Philippe Fouchard reprenait la même affirmation s'agissant de l'OHADA en ces termes « *en ce qui concerne le droit commun, qui a été harmonisé régionalement, il aboutit tout simplement (...) à la disparition complète des conflits de lois* »⁷³. Il en résulte qu'il s'agit bien d'une uniformisation des droits internes que conduit l'AUDCG⁷⁴, en élaborant une véritable codification de la vente commerciale et des contrats commerciaux. Il aboutit, en conséquence, à l'application d'un droit de la vente et des contrats commerciaux uniforme et obligatoire dans les États parties. Il va favoriser ainsi les échanges commerciaux intracommunautaires. Il supprime les disparités législatives d'un pays à l'autre⁷⁵. A cet égard, l'AUDCG est un système normatif complet. D'une part, il supprime les conflits de lois dans l'espace OHADA en harmonisant le droit matériel. D'autre part, il est interprété par la CCJA. Et cette interprétation uniforme s'impose aux juridictions

⁷⁰ Voir infra, notre titre II, chapitre I.

⁷¹ L'article 21, alinéa 2 du Traité OHADA dispose que « *la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, et examine les projets de sentences, conformément à l'article 24 ci-après* ».

⁷² A. Malintoppi, « *Droit uniforme et droit international privé* », RCADI, t.III. 1965, p.17.

⁷³ Ph. Fouchard, « *Rapport de synthèse* », in Ph. Fouchard (sous dir). L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, colloque de Yaoundé, 1999.

⁷⁴ A. Fénéon, « *l'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale* » Penant, 2004 ; p.465.

⁷⁵ Op. cit, note n°65.

étatiques.

L'AUDCG règle directement la question du droit matériel applicable. Il permet d'éviter de recourir au processus en deux étapes décrit ci-après : d'abord l'identification de la loi applicable et puis son application⁷⁶. Mais la préférence accordée par les rédacteurs du Traité OHADA à la méthode de l'unification matérielle n'exclut pas que le droit matériel et la règle de conflit de lois puissent être conciliés contrairement à ce que certains commentateurs du droit OHADA ont prétendu⁷⁷. De même, cette préférence ne signifie pas que le recours au droit matériel uniforme supprime la nécessité de recourir aux règles de droit international privé du tribunal compétent ni que le rôle des conflits de lois disparaît dans l'espace OHADA.

Le nombre insignifiant de jurisprudences et d'articles de doctrine africaine consacrés aux rapports entre le droit matériel et le droit international privé atteste le manque d'intérêt que la jurisprudence et la doctrine ont pour le sujet. En effet, comme nous l'avons précédemment évoqué, pour la doctrine africaine et mondiale, les conventions de droit uniforme éliminent les conflits de lois⁷⁸.

Pourtant, la question ne peut être aussi aisément balayée. L'examen du champ d'application matérielle et spatiale est à cet égard intéressant.

L'AUDCG comme nous l'avons rappelé a un champ d'application matérielle restreint. Il s'applique à la vente commerciale et aux contrats commerciaux (agence commerciale, le courtage et la commission). Même dans ce domaine restreint, l'Acte ne traite pas de tous les contrats.

D'abord, s'agissant de la vente commerciale, elle porte uniquement sur le contrat de vente commerciale de marchandises. Le champ d'application de la vente commerciale est prévu à l'article 234 de l'AUDCG révisé qui dispose qu'il s'applique « *aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production (...)* ». C'est donc un droit qui concerne les professionnels personnes physiques et morales.

En revanche, sont exclus de son champ d'application matérielle, les consommateurs, c'est-à-dire, les particuliers, les ventes aux enchères, les ventes sur saisie, les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs, aéronefs et les ventes d'électricité⁷⁹.

⁷⁶ Tribunal Vigevano, 12 juillet 2000, *Giurisprudenza italiana* 2001, p.281 s.

⁷⁷ *Op.cit*, note n°65.

⁷⁸ H. Batiffol, « *les conflits de lois en matière de contrats* », Paris, 1938, p.233.

⁷⁹ L'article 236 de l'AUDCG révisé dispose que : « *Les dispositions du présent Livre ne régissent pas davantage les ventes soumises à un régime particulier, notamment : a) les ventes aux enchères; b) les ventes sur saisie ou de quelque*

Ensuite, s'agissant des contrats d'intermédiaires, l'AUDCG ne s'applique qu'aux agents commerciaux, courtiers et commissionnaires.

Sont donc exclus, les contrats de franchise, de concession.

S'agissant du champ d'application spatiale de l'AUDCG, il est défini à l'article 234, alinéa.2. Cet article dispose que « *sauf stipulations contractuelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États parties...* ». Cela veut dire qu'une partie doit avoir son siège dans l'espace OHADA. L'AUDCG fixe ainsi une limite à son application spatiale. L'article 234, alinéa 2 énonce que : « (...) *dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ». Cela veut dire que ses dispositions substantielles s'appliquent quand la loi d'un État membre de l'OHADA a été désignée par le jeu des règles de droit international privé du for.

Dans son champ d'application matériel et spatial, l'AUDCG supprime par hypothèse le recours aux règles de conflits de lois dans l'espace OHADA⁸⁰. En effet, l'AUDCG est une règle de droit unique qui s'applique dans les relations entre les commerçants, personnes morales ou physiques et à leurs activités commerciales dans l'espace OHADA. En conséquence, le conflit entre pluralité de règles issues de divers ordres juridiques étatiques disparaît.

L'objectif de notre étude est de mettre en exergue que l'AUDCG ne fait pas disparaître les conflits de lois dans l'espace OHADA.

D'une part, l'AUDCG ne fournit pas une règle pour chaque question susceptible de se poser en droit de la vente commerciale (telle que la capacité, les clauses d'imprévision, l'action directe, etc.). En conséquence, le conflit de lois se maintient en présence de lacunes du droit uniforme. C'est en vertu des méthodes du droit international privé qu'il convient de désigner le droit national applicable. Les droits nationaux viennent ainsi compléter l'AUDCG mais ne le concurrencent pas. Dès lors, les règles de conflit de lois viennent combler les lacunes de l'AUDCG.

D'autre part, l'AUDCG ne réglemente que partiellement certains rapports ou faits juridiques. Pour déterminer le droit substantiel applicable à ces rapports ou faits juridiques, il faut appliquer les droits nationaux qui ne lui sont pas contraires ou les principes dont il s'inspire.

autre manière par autorité de justice ; c) les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ; d) les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ; e) les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ; f) les ventes d'électricité ».

⁸⁰Ph. Malaurie, « *Loi uniforme et conflits de lois* », TCFDIP, 1965, 83. 86.

Ensuite le champ d'application spatial de l'AUDCG est limité de sorte que le rapport avec un opérateur ne résidant pas dans l'espace OHADA implique nécessairement le recours aux règles de conflit nationales. Il ne peut en être autrement sauf si les États membres de l'espace OHADA vivent en autarcie. Là encore, c'est par la méthode du droit international privé que l'application de l'AUDCG s'opère (sauf dans les cas où on est en présence d'une loi de police ou de l'ordre public).

En outre, le texte de l'AUDCG doit être interprété en premier lieu par les juges nationaux qui sont les juges de droit commun du droit uniformisé. En effet, le contentieux relatif aux Actes uniformes sont tranchés par les juges nationaux. Or l'AUDCG a intégré dans ses dispositions des notions ou expressions qui sont totalement méconnus des juges nationaux. Ces derniers sont dès lors tentés d'interpréter le droit matériel uniforme à l'image de leur droit national totalement inadapté et vétuste. Il convient de relever que l'OHADA regroupe des États francophones, hispaniques et lusophones. A cet égard, il n'est pas à l'abri d'une interprétation divergente entre les différentes juridictions des États membres de l'OHADA. Or tout conflit d'interprétation est considéré comme une lacune du droit uniforme et doit être réglé par la méthode conflictuelle.

Enfin, l'AUDCG coexiste avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ci-après CVIM, que certains États membres de l'OHADA ont ratifiée tel que le Gabon. Il convient de rappeler que la CVIM a été adoptée le 11 avril 1980 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1988. L'AUDCG révisé s'est inspiré de la CVIM, notamment concernant la formation et l'exécution de la vente. Il coexiste également avec des conventions accessoires de la CVIM relatives à l'agence commerciale, la Convention de New-York du 14 juin 1974 et le Protocole du 11 avril 1980 relatifs à la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

Il convient enfin de rappeler que l'AUDCG coexiste avec d'autres instruments d'intégration régionale et sous-régionale dont les champs d'application matériel et spatial se recoupent. Dès lors se posent des problèmes d'articulation entre les différents instruments qui peuvent conduire à un conflit de conventions.

Il résulte de ce qui précède que les règles de conflit nationales gardent leur place dans l'AUDCG notamment pour les actes ou faits juridiques pour lesquels il n'y a pas de réglementation matérielle uniforme mais aussi pour les rapports impliquant des opérateurs du commerce international des États tiers. Les règles de conflit peuvent intervenir également dans la résolution des conflits de conventions.

Ainsi, des conflits subsistent dans l'OHADA. D'une part, l'AUDCG impose de recourir à la théorie des conflits de lois pour déterminer quelles sont les dispositions de droit national appelées à régir

les questions pour lesquelles il n'y a pas de réglementation matérielle uniforme (**Partie I**) . D'autre part, le droit OHADA s'insère dans un contexte normatif international caractérisé par une profusion de règles matérielles internationales qui lient parfois les États membres de l'OHADA. Ainsi le droit OHADA doit-il appréhender la problématique des conflits de conventions. (**Partie II**).

PREMIERE PARTIE : PERSISTANCE DES CONFLITS DES LOIS DANS L'AUDCG

L'AUDCG est un droit matériel uniforme. A ce titre, il devrait supprimer les conflits de lois dans l'espace OHADA. C'est la conséquence logique de l'existence du droit matériel uniforme⁸¹.

Nous démontrerons que cette affirmation doit être nuancée dès lors que l'AUDCG ne couvre pas tous les domaines du contrat de vente commerciale.

L'AUDCG ne régleme pas la validité du contrat, la capacité des personnes physiques à exercer le commerce et l'actions directe.

Le conflit de lois dans l'AUDCG résulte de son incomplétude que la doctrine appelle lacunes⁸².

Il se présente de deux manières :

La première résulte de l'absence de réglementation sur divers points du contrat de vente commerciale tels que la validité du contrat, la capacité des personnes physiques à exercer le commerce et l' action directe qui amène le juge ou l'arbitre à appliquer les lois nationales ou la lex mercatoria. Ainsi, il persiste dans l'AUDCG un conflit formel de lois (**TITRE I**).

La seconde résulte de l'interprétation divergente que les cours et tribunaux des États membres peuvent donner aux dispositions de l'AUDCG. En effet, les juridictions nationales sont les juges de droit commun du droit uniformisé. A cet égard, il peut être interprété de la même manière que les droits nationaux. Il persiste donc dans l'AUDCG un conflit matériel né de son interprétation (**TITRE II**).

⁸¹ K. M'Baye « *l'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance* ». Recueil Penant, n°827, 1998, p., 125 s.

⁸²Cl. Witz : « *CVIM : Interprétation et questions non couvertes* », RDAI/IBLJ, n°3/4, 2001, spéc. p.261 et s. Voir également H. Kenfack, « *Brèves réflexions sur la Convention de Vienne* », Revue Lamy Droit des Affaires, juin 2006, n°6, p.78 à 81.

TITRE I LE CONFLIT NE DE L'INCOMPLETUDE DE L'AUDCG

Bien qu'une des raisons de donner force de loi à l'AUDCG est de prévoir un corps de loi uniforme pour le cas où les parties ne parviennent pas à s'accorder sur la loi applicable, l'AUDCG ne constitue pas pour autant « *un corps exhaustif de règles* », c'est-à-dire qu'il ne prévoit pas de solutions pour tous les problèmes pouvant surgir d'une vente commerciale internationale. En effet, les problèmes traités par l'AUDCG *de quo* sont en vertu des articles 241 et 250 relatifs à la formation des contrats de vente commerciale et obligation des parties résultant de tels contrats. Il est certain que cette limitation va générer des problèmes relativement liés à la nécessité de combler les lacunes résultant de ce corps de règles incomplet⁸³ C'est pour être en harmonie avec une telle nécessité qu'il aurait été préférable que les rédacteurs de l'AUDCG transposent l'article 7(2) de la CVIM qui dispose que « *Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par lui seront réglées selon les principes généraux dont il s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu du droit international privé* ».

Toutefois, avant d'examiner le sens de la règle selon laquelle les questions concernant des matières régies par l'AUDCG mais qui ne sont pas expressément tranchées par lui doivent être résolues selon les principes généraux dont il s'inspire, nous devons identifier les situations auxquelles cette règle s'applique.

Il faut noter dès le départ que les lacunes auxquelles se réfèrent les articles 241 et 250 ne sont pas des lacunes *intra legem*, c'est-à-dire, les matières exclues du champ d'application de l'AUDCG, telles que les matières envisagées dans l'article 173 de l'AUDCG qui dispose que « *Les dispositions du présent Livre ne s'appliquent pas : a) à la représentation résultant d'une habilitation légale ou judiciaire à agir pour des personnes qui n'en ont pas la capacité juridique ; b) à la représentation par toute personne effectuant une vente aux enchères, ou par autorité administrative ou de justice ; c) à la représentation légale dans le droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions* », l'article 235 de l'AUDG qui dispose que « *Les dispositions du présent Livre ne régissent pas: a) les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la*

⁸³On doit savoir que la possibilité des lacunes ne caractérise pas uniquement les conventions internationales, telle celle en question : en effet, comme souligné par Jaubert, « *Report Dion, 30 Ventôse An XII* », in Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, P. Fenet éd.1827, il est impossible de tout prévoir, surtout dans le champ des contrats, comme il en existe une infinité(cité d'après Arthur Von Mehren et James Gordley, *The Civil Law System* 55, 2ème éd. 1977).

conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage; b) les contrats de fourniture de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services » et enfin l'article 236 de l'AUDCG qui dispose que « *Les dispositions du présent Livre ne régissent pas davantage les ventes soumises à un régime particulier, notamment: a) les ventes aux enchères; b) les ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice; c) les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ; d) les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers; e) les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs; f) les ventes d'électricité* », mais les lacunes *praeter legem*⁸⁴, à savoir les questions auxquelles l'AUDCG s'applique mais qu'il ne résout pas expressément.

Les lacunes de l'AUDCG peuvent être de deux types.

Il peut s'agir de questions qui ne sont pas couvertes par l'AUDCG, au sens de ses articles 241 et 250, et qui relèvent des droits nationaux ou d'un autre instrument d'uniformisation du droit. On les désigne communément « *lacunes externes* » (**CHAPITRE I**).

Il peut aussi s'agir de « *questions concernant les matières régies par le présent AUDCG et qui ne sont pas expressément tranchées par lui* »⁸⁵, par référence à l'article 7, al. 2 de la CVIM, qui prévoit la voie à suivre pour combler ce type de lacunes que la doctrine qualifie d' « *internes* » : ces questions « *seront réglées selon les principes généraux dont (...) ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ». Ainsi, le recours aux droits nationaux n'est possible, dans ce second cas de figure, que si le juge n'a pas été en mesure d'identifier un principe général innervant l'AUDCG (**CHAPITRE II**).

⁸⁴Pour une discussion entre les lacunes *praeter legem* et les lacunes *intra legem*, v. Henri Deschenaux, « Der Einleitungstitel », 2 Schweizerisches Privatrecht 95-Max Gutzwiller et al.éd.1967.

⁸⁵Expressions empruntées à l'article 7 alinéa 2 de la CVIM.

CHAPITRE I CONFLITS DE LOIS ET LACUNES EXTERNES DE L'AUDCG

L'AUDCG ne supprime pas le conflit de lois, puisqu'il ignore purement et simplement certaines questions relevant du régime des contrats de vente commerciale ou des contrats d'intermédiaires (lacunes externes). Puisque ces questions ne trouvent pas de solutions substantielles dans l'AUDCG, le recours aux lois nationales pour compléter l'AUDCG s'avère nécessaire. C'est la solution qu'invite à retenir l'AUDCG en renvoyant aux droits nationaux. C'est également la solution envisagée par la CVIM dont il s'inspire. Mais parce que le contrat est international, la recherche de la loi nationale applicable implique de résoudre un problème de conflit de lois. L'AUDCG prévoit donc l'application des droits nationaux aux domaines qu'il n'appréhende pas, dès lors qu'ils ne lui sont pas contraires⁸⁶ par le mécanisme des règles de conflit de lois.

La règle de conflit de lois n'a pas pour objet d'édicter une réglementation substantielle des relations internationales mais de désigner l'ordre juridique auquel celle-ci sera empruntée. A cet égard, elle indique par l'entremise d'un rattachement quel est, pour un type donné de question de droit, l'ordre juridique avec lequel celle-ci entretient les liens les plus significatifs.

Faire appel aux droits nationaux pour régler certains rapports internationaux est une méthode qui s'impose dès lors que l'AUDCG comporte des lacunes. A moins donc d'imaginer un grand vide juridique, il faudra bien avoir recours à une loi nationale ou à la *lex mercatoria* ou d'autres principes généraux de droit pour compléter les dispositions de l'AUDCG.

Lorsque l'AUDCG ne traite pas une question de droit relative à la vente commerciale ou aux contrats d'intermédiaires, il est nécessaire et logique de recourir à la méthode des conflits de lois qui n'est pas alors en concurrence avec l'AUDCG mais en situation de complémentarité puisque, pour l'acte considéré, c'est comme s'il n'existait pas.

Aussi, il convient de rappeler que la primauté⁸⁷ de l'AUDCG n'empêche nullement l'application des droits nationaux, dès lors que le droit uniformisé contient des lacunes.

En l'absence d'harmonisation des règles de droit international privé dans les États de l'espace OHADA, le renvoi aux droits nationaux est une solution qui présente malheureusement des limites **(SECTION I)**. Des solutions peuvent toutefois être trouvées pour résoudre ces difficultés

⁸⁶ L'article 237, alinéa 1er de l'AUDCG dispose que : « *la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ».

⁸⁷ Article 10 du Traité OHADA dispose que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

(SECTION II).

SECTION I LES LIMITES DU RENVOI AUX DROITS NATIONAUX PREVUS PAR L'AUDCG

Pour résoudre les lacunes externes, l'AUDCG renvoie aux droits nationaux, ce qui implique de recourir au droit international privé des États parties (**paragraphe I**) ; mais la diversité du DIP de ces États induit alors des effets pervers (**paragraphe II**).

Paragraphe I Le principe du renvoi aux droits nationaux

Les lacunes externes de l'AUDCG portent sur des questions qu'il n'a pas traitées. Elles sont donc résolues par le recours aux droits nationaux. C'est ce qu'autorise au moins implicitement l'article 237 de l'AUDCG lorsqu'il précise que : « (...) *la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ».

L'ordre juridique interne vient donc compléter les dispositions de l'AUDCG. Mais, parce que la situation est par définition internationale, divers ordres juridiques se trouvent en réalité en conflit. Ils revendiquent tous leur application en raison du rattachement de la situation à leur propre ordre juridique. Cette situation est constitutive de conflit de lois.

Pour désigner l'ordre juridique applicable à un rapport de droit mettant en cause plusieurs ordres juridiques que l'AUDCG ne régit pas, il faut donc recourir à la méthode traditionnelle de conflit.

L'AUDCG apporte une réponse de fond, immédiate et directe, qui envisage spécialement l'aspect international du problème⁸⁸. En revanche, la règle de conflit propose une méthode indirecte de règlement, en identifiant la loi susceptible de compléter le droit matériel. Le recours au droit interne des États membres de l'OHADA constitue l'achèvement du droit matériel.⁸⁹

Il existe donc deux manières d'appliquer les droits nationaux : l'application par le mécanisme des règles de conflit de lois (**I**) et le renvoi subsidiaire aux droits nationaux prévu par l'AUDCG (**II**).

I L'application du droit national par le mécanisme des règles de conflit

L'article 237 de l'AUDCG dispose que « (...) *la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ». Cette disposition pose clairement l'hypothèse de l'application des droits nationaux aux domaines

⁸⁸J-P. Remery, « *Les relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec les autres conventions* », Gazette du Palais, 23 mai 1992, p.426 s.

⁸⁹ J.Issa Sayegh, « *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États Parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement* », Penant, n°85°, spéc., p.11 et 12.

non uniformisés du droit de la vente commerciale. Il en résulte une cohabitation entre le droit matériel uniforme de la vente commerciale et les droits nationaux que certains auteurs qualifient de cohabitation pacifique⁹⁰. Là où le droit matériel est lacunaire, le droit national s'applique. Ce dernier s'applique par le mécanisme de la règle de conflit de lois.

Le recours aux règles de conflit de lois pour désigner la loi applicable peut donner lieu à l'application de la loi du for ou d'une loi étrangère (A). L'application de la loi étrangère peut donner lieu à un conflit de lois de police (B).

A L'application d'une loi nationale

Le droit national s'applique de deux manières dans l'AUDCG : en premier lieu les parties peuvent désigner une loi nationale selon la loi d'autonomie (1) ; en second lieu, en l'absence de choix de loi, ou en présence de lacunes de l'AUDCG, la loi applicable au contrat de vente commerciale est désignée par la règle de conflit de loi (2).

1. L'application de la loi nationale selon la loi d'autonomie

L'AUDCG est supplétif de volonté⁹¹. Le caractère supplétif des dispositions relatives à la vente commerciale a été affirmé dès les premiers mots du Livre VIII à l'article 239, al 2, qui commence par l'expression « *Sauf convention contraire des parties, (...)* ». Il en résulte que les parties peuvent écarter l'application de l'AUDCG au profit d'une loi nationale ou d'un usage.

L'AUDCG consacre ainsi la possibilité pour les parties de choisir la loi qui sera applicable à leur contrat international.

La loi d'autonomie est aujourd'hui l'un des principes les plus acceptés dans tous les pays du monde, quelles que soient les difficultés doctrinales qui l'accompagnent⁹². L'AUDCG ne pouvait donc s'en éloigner. Les droits nationaux de certains États membres de l'OHADA précisent certains éléments de la mise en œuvre du principe d'autonomie. Une condition nécessaire au droit de choisir la loi qui régit un acte juridique est la présence d'un « *élément d'extranéité* » dans cet acte.

La Loi guinéenne n°51-62 du 14 avril 1962, relative à la théorie générale de la loi, publiée au journal officiel du 1er juillet 1962 en son article 9 alinéa 4 dispose qu' « *Un acte passé en pays étranger est valable en Guinée lorsqu'il a été rédigé suivant les formes de la loi du lieu et ne*

⁹⁰ D. Arbachi : « *la supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* » : Revue internationale de droit africain EDJA, n°44, janvier-Février-Mars 2000, p.7 s

⁹¹ Voir dans ce sens D. Tricot, « *La vente commerciale* », Droit et Patrimoine, 2011-n°201 du 3 mars 2011.

⁹² V. J.P. Niboyet, « *La théorie de l'autonomie de la volonté* », R.C.D.A.I. 1927, I, 42-58; v. aussi J.M. Jacquet, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Économica, 1983.

contredit pas les principes essentiels de l'État guinéen ». Lorsque la condition de l'extranéité est satisfaite, le choix de loi doit être exprimé d'une manière ou d'une autre. Le texte de 1962 exige une désignation expresse. De manière générale, l'article 9 précité prévoit qu'un contrat international conclu à l'étranger et soumis à une loi étrangère est valable en Guinée sous réserve de la conformité de cette loi à l'ordre public guinéen. L'ordre public est un mécanisme permettant de refuser certaines normes étrangères. Les règles auxquelles on ne peut déroger sont alors dites d'ordre public.

Selon les principes du droit international privé béninois, la loi applicable à un contrat est déterminée par référence aux règles de « *conflit de loi* ». A défaut de conventions internationales, la jurisprudence a fixé les règles élémentaires en la matière. Les parties peuvent déterminer dans leur contrat de façon claire la loi qu'elles entendent voir appliquer à leur contrat⁹³. Dans ce cas, cette loi sera appliquée par les juridictions compétentes ou par les juridictions désignées par les parties. C'est le principe de l'autonomie de la volonté. Le système de droit international privé du Bénin rejoint sur ce point la Convention de Rome du 19 juin 1980⁹⁴.

Le droit international du Burkina Faso a opté pour l'autonomie de la volonté. Cette dernière se déduit de l'article 1156 du code civil qui dispose qu'« *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». En l'absence de loi clairement désignée, le droit international privé burkinabé a opté en faveur de l'application d'office de la règle de conflit en présence d'un élément d'extranéité.

Enfin, la Loi gabonaise du 29 juillet 1972 portant adoption de la première partie du code civil, publiée au Journal Officiel du 20 décembre 1972, consacre également le principe de l'autonomie de la volonté. Son article 55 dispose que « *Sous réserve des dispositions de police et de sûreté, les contrats sont soumis, en ce qui concerne leurs conditions de fond et leurs effets obligatoires, à la loi que les contractants ont choisi dans un intérêt légitime* ».

Il résulte de ce qui précède que le contrat commercial de manière générale et plus particulièrement la vente commerciale peut être soumise à un droit autre que l'AUDCG conformément à la volonté des parties sous réserve des dispositions d'ordre public de l'AUDCG ou des droits nationaux.

Néanmoins, en l'absence de choix clairement exprimé par les parties, la loi applicable au contrat de

⁹³D. Sossa, Cours de droit du commerce international, 4ème année de sciences juridiques, FASJEP/UNB, 2000-2001, inédit.

⁹⁴ L'article 3.1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 dispose que « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

vente commerciale est déterminée selon la méthode de conflit de lois.

2. La désignation de la loi applicable selon la méthode de conflits de lois

L'autonomie de la volonté est la pierre angulaire du contrat international. Mais il arrive que les contractants oublient parfois de désigner la loi applicable à leur contrat. Ce qui amène les tribunaux à chercher la loi applicable en recourant au mécanisme de la règle de conflit de lois. Dans un droit matériel comme l'AUDCG, le recours à la loi nationale par le mécanisme du conflit de lois s'explique par son incomplétude. En effet, l'AUDCG ne régit pas tous les domaines du contrat de vente commerciale et du contrat d'intermédiaire. Dans ces conditions, le juge est obligé de recourir à sa règle de conflit de lois pour désigner la loi nationale applicable. La désignation de la loi applicable passe nécessairement par l'application du système de conflit du for. Le droit international privé du Bénin particulièrement élaboré nous permet d'illustrer cette situation. Il prévoit que la loi applicable à un contrat est déterminée par référence aux règles de « *conflit de loi* ». Il ressort de cette disposition que chaque fois qu'un tribunal béninois a à connaître d'un litige comportant un élément d'extranéité susceptible de se rattacher à deux ou plusieurs États, il doit consulter son propre système de droit international privé et déterminer la loi applicable par référence à celui-ci. Il s'agit de choisir une unité juridique dont la loi a vocation à s'appliquer. Le tribunal devra déterminer la nature juridique du problème engendré par les faits matériels de la cause contenant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Pour ce faire, il lui faudra analyser ces faits matériels, c'est à dire les qualifier, afin d'en extraire les aspects juridiques et les classer dans des catégories légales déterminées qui sont connues du for.

Ainsi pour les questions relatives aux clauses contractuelles telles que les clauses d'imprévision, de hardship etc, le juge béninois mettra en œuvre son propre système de conflit de lois afin de désigner la loi applicable à celles-ci puisqu'elles ne sont pas par définition régies par l'AUDCG.

De manière générale dès qu'on est en présence de lacunes externes de l'AUDCG, le juge doit mettre en œuvre son système de droit international privé afin de désigner la loi applicable.

Mais la diversité du système de conflit de lois dans l'espace OHADA n'amène pas à une solution cohérente à cause des critères de rattachement retenus.

C'est ainsi que les systèmes de droit international privé du Bénin et du Burkina Faso prévoient qu'en l'absence de loi applicable, il sera fait application de la loi avec laquelle le contrat en cause présente les liens les plus étroits. Sur ce point ils rejoignent l'article 4§1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui dispose que « (...) *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ». Le droit international du Burkina Faso prévoit néanmoins que lorsque les

éléments du contrat sont couverts par plusieurs points, le contrat est régi par la loi nationale de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique. En matière de vente, la prestation caractéristique est l'obligation de délivrance du vendeur⁹⁵. Il rejoint ainsi l'article 4, § 2 du Règlement Rome I. Les critères de rattachement d'un contrat à une loi sont divers : il peut s'agir notamment de la nationalité des parties, du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat⁹⁶. Le lieu de conclusion du contrat a été retenu par le droit international privé du Gabon. L'article 55 alinéa 2 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972 dispose que « *Faute par les contractants d'y avoir exprimé clairement leur volonté, les contrats sont soumis à la loi du lieu de leur conclusion, à l'exception des contrats relatifs à la constitution ou à la transmission d'un droit réel sur un meuble ou d'un immeuble, lesquels demeurent soumis à la loi du lieu de la situation du bien* ». Par ce raisonnement, le juge gabonais appliquera la loi du lieu de conclusion du contrat. C'est sans doute la juridicité même du droit étranger qui explique sa vocation à s'appliquer au regard de la règle de conflit de lois du for⁹⁷. Si la loi gabonaise désigne la loi étrangère, c'est précisément parce que le rapport litigieux lui paraît évoluer dans la sphère de celle-ci, où elle a par hypothèse valeur normative. Pourtant, l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat s'inscrit à contre-courant du principe universellement consacré par la Convention de Rome du 19 juin 1980. En effet, l'article 4 § 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ci-dessus cité retient le critère de la loi nationale de la résidence habituelle du vendeur. C'est pourquoi, nous nous interrogeons quant au point de savoir si dans le système de l'AUDCG, un contrat conclu entre deux entreprises sénégalaise et gabonaise, et devant s'exécuter entièrement au Sénégal, peut être soumis à n'importe quelle loi étrangère sous prétexte que les représentants de celles-ci s'étaient rencontrés au Burundi pour le signer. Il « *n'est pas raisonnable* »⁹⁸ d'appliquer la loi du Burundi.

⁹⁵ Pour une application de la règle de conflit de lois : voir : C.A Ouagadougou (Burkina Faso) Ordonnance de référé n°89/2001, Eurasie-Afrique/CIAT, www.ohada.com, ohadata J-06-64.

⁹⁶ P. Mayer et V. Heuzé, « *Droit international privé* », 10ème éd. Montchrestien, 2010, p.558, n°726.

⁹⁷ H. Mur Watt, « *Loi étrangère* », Répertoire de Droit international privé, Dalloz, févr. 2010.

⁹⁸ P. Mayer « *La délocalisation du contrat in la relativité du contrat* » Travaux de l'Association Henri Capitant, colloque de Nantes 1999, LGDJ, 2000, s. spéc. p.129.

La recherche de la loi applicable dans l'espace OHADA débouche ainsi sur une grande incertitude, chaque fois que les parties sont domiciliées dans des pays différents. Or, en matière contractuelle, la prévisibilité est capitale. Lorsque les parties n'ont pas usé de la liberté qui leur est donnée de choisir la loi applicable, seule une méthode rigide garantit cette prévisibilité. Cette dernière est mise à mal dans la mesure où l'application de la loi nationale même impérative peut être écartée dès lorsqu'elle se heurte à une loi de police communautaire.

B Conflit entre lois nationales et lois de police contenues dans l'AUDCG

L'émergence d'un ordre public OHADA produira des conséquences sur la détermination de l'office du juge national en charge de l'application de l'AUDCG dès lors qu'il intervient comme juge du fond. L'ordre juridique OHADA exprime des valeurs propres qui se traduisent par l'existence d'un ordre public communautaire affirmé dans les textes⁹⁹. Il s'agit d'abord de l'ordre public interne communautaire de l'OHADA qui s'impose dans les situations internes à un État et les situations intracommunautaires comme les règles impératives européennes¹⁰⁰.

L'ordre public consiste en un ensemble de règles auxquelles on ne peut déroger par convention ou par une manifestation de volonté unilatérale.

L'ordre public OHADA contrôle la loi désignée par le mécanisme national¹⁰¹. Les dispositions d'ordre public visées dans l'AUDCG sont relatives au bail commercial. Ainsi dans un bail commercial OHADA, le juge CCJA pourrait mettre en avant les dispositions de l'article 134 de l'AUDCG pour faire échec aux dispositions nationales d'un État dès lors qu'elles portent atteinte à la conclusion, à la révision du loyer commercial en cas de désaccord entre les parties, au respect de la procédure de résiliation du bail commercial.

Il existe également des règles internationalement impératives dans l'AUDCG. Elles s'appliquent directement aux situations internationales partiellement extracommunautaires, dès lors que ces situations présentent un lien avec l'espace OHADA. Il y a dérogation au procédé du conflit de lois

⁹⁹G. N. Anou « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires* », Jurisclasseur droit international, Fasc;170, 24 nov.2014, spé. note n°92.

¹⁰⁰ L'article 3,alinéa 4 du Règlement Rome I dispose que « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for* ».

¹⁰¹ Pour une application de l'ordre public communautaire, v. S. Peruzetto, « *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire* », TCFDIP, 2002-2004, Paris, 2005.

normalement utilisé en présence d'une situation internationale. C'est le cas des dispositions relatives aux intermédiaires de commerce et plus précisément à l'agent commercial. Selon l'article 172 de l'AUDCG, la réglementation des intermédiaires de commerce qui comprend celle des agents commerciaux est d'application immédiate dès lors que les critères autonomes d'applicabilité qu'elle fixe sont réunis : « *Les dispositions du présent livre s'appliquent même si le représenté, ou le tiers, ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires du présent Acte uniforme, dès lors : a) que l'intermédiaire est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'un des États parties, ou encore, b) que l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des États parties (...)* ». Cette disposition est un moyen efficace de lutter contre le « *contournement des règles impératives communautaires* »¹⁰² ou encore du désarmement des lois de police des États membres, qui est la conséquence logique de l'intégration juridique prévue par le Traité OHADA. La jurisprudence de la CCJA ne nous donne pas de cas de contrôle des lois de police nationales par les lois de police OHADA.

Toutefois, la jurisprudence de la CJUE donne des exemples de contrôle de lois de police nationales par les lois de police communautaires. C'est l'arrêt Arblade de la CJCE du 23 novembre 1999 qui a consacré le contrôle des lois de police nationales par les lois de police communautaires en ces termes, « *L'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté, ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire* »¹⁰³. Un auteur a conclu que « *les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* »¹⁰⁴. Le contrôle des lois de police nationales conformément au but de l'AUDCG met en balance l'intérêt national avec l'intérêt de l'intégration juridique. On en conclut qu'on est en présence d'un contrôle vertical et matériel qui a son origine dans le seul AUDCG, qui détermine l'espace libre pour l'application du droit national quel qu'il soit.

L'ordre communautaire OHADA crée ainsi un « *universalisme régional* » qui de jure ou de facto limite le recours aux exceptions d'ordre public et de lois de police nationales par l'existence d'une culture juridique commune.

¹⁰² Op. cit, note n°21.

¹⁰³ CJCE, 23 nov.1999, J.C. Arblade, RCDIP 2000, p.700, commentaire M. Fallon.

¹⁰⁴ Op. cit, note n°103.

Dans l'espace OHADA, ce sont les juridictions nationales qui sont les juridictions de droit commun du droit uniformisé. Dans leur fonction juridictionnelle, elles peuvent écarter les dispositions de leur propre droit national dès lors qu'elles sont contraires aux dispositions impératives contenues dans l'AUDCG. Cette situation s'explique par le principe de primauté institué par le Traité OHADA¹⁰⁵. Ainsi, les dispositions impératives de l'AUDCG écartent toute norme nationale qui lui serait contraire. Il en est de même de loi étrangère qui sera écartée lorsqu'elle heurte les dispositions d'ordre public du Traité OHADA. C'est en ce sens que l'article 237 de l'AUDCG dispose que (...) *la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ».

L'application du droit national par le mécanisme de la règle de droit international privé est justifié dans le cas des lacunes externes. Mais l'AUDCG prévoit le recours subsidiaire aux droits nationaux.

Nous préciserons ci-après les domaines d'application du recours subsidiaire aux droits nationaux dans l'AUDCG.

II Le recours subsidiaire aux droits nationaux

Si l'article 10 du Traité OHADA pose le principe de primauté du droit uniformisé sur le droit national, il n'en demeure pas moins que certains domaines du droit des affaires ne sont pas uniformisés. En conséquence, le juge est obligé de recourir à certaines dispositions du droit interne. Le droit interne s'applique dans deux cas¹⁰⁶:

- Le renvoi des Actes uniformes à des dispositions de droit interne relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques (**A**),
- Le renvoi des Actes uniformes à des dispositions de droit interne relatives à la preuve (**B**).

A La capacité

Selon un des promoteurs du droit OHADA, la plupart des Actes uniformes contiennent quelques dispositions qui renvoient au droit interne de chaque État membre¹⁰⁷. Et le même auteur ajoute que « *le renvoi n'est pas gênant si le droit interne traite déjà ces questions* »¹⁰⁸. Aux termes de l'article 6 de l'AUDCG « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est*

¹⁰⁵ L'article 10 du Traité OHADA dispose que « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

¹⁰⁶ J. I. Sayegh, « *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement* », Penant 199, n°85, spé. p.11 et 12.

¹⁰⁷ Op. cit, note n°106.

¹⁰⁸ Op. cit, note n°106.

juridiquement capable d'exercer le commerce ». L'article 7 du même AUDCG dispose que « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ». Ces articles posent des principes mais leur application ne peut avoir de sens que si l'on se réfère au droit interne de chaque État membre de l'OHADA. En effet, ils ne précisent pas l'âge de la majorité.

Aussi, il convient de préciser que le statut personnel est déterminé par la loi personnelle dans la plupart des législations des États membres de l'OHADA. On trouve ici la formule consacrée par la Cour de cassation française : les droits indisponibles. Dès qu'on est en présence de droits indisponibles, l'AUDCG précise que les juges doivent recourir au droit national subsidiaire afin de déterminer la loi applicable à la capacité de la personne physique.

L'article 9, alinéa 2 du code civil guinéen dispose que « *Les lois guinéennes concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Guinéens, même résidant en pays étrangers.*(...)

Les Lois étrangères concernant l'État et la capacité des personnes régissent les étrangers résidents en Guinée dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'ordre public guinéen ».

Il résulte de ce texte que la capacité d'un guinéen même résidant en pays étranger est déterminée par les lois guinéennes.

S'agissant de la majorité, l'article 443 du même code dispose que : « *La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile* ».

Le droit gabonais édicte clairement que la loi gabonaise détermine la capacité des gabonais.

L'article 32 du code civil gabonais sur le droit international privé dispose que :

« *L'état et la capacité des individus sont soumis à leurs lois nationales.*

Peuvent néanmoins être régis par la loi gabonaise, les nationaux des États étrangers qui y ont leur domicile depuis plus de cinq ans ».

L'alinéa 2 de l'article 32 du code civil gabonais introduit une nuance en ce qu'un étranger qui réside depuis plus de cinq ans peut être soumis à la loi gabonaise. A y voir de près, cette disposition introduit le critère de domicile que les droits anglo-saxons ont consacré.

Quant à l'article 6 de l'avant projet de code camerounais des personnes et de la famille, il dispose en son alinéa 1 que : « *Les lois concernant le statut des personnes régissent les camerounais même résidant en pays étranger* ». L'alinéa 3 du même article consacre la bilatéralisation de cette règle de conflit en disposant que : « *Les étrangers sont régis, en ce qui concerne leur statut personnel, par*

leur loi personnelle à la condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

La conclusion se dégage alors que le renvoi est un mécanisme de correction appelé par le caractère abstrait du rattachement utilisé par la règle de conflit du for. La jurisprudence en offre de nombreuses illustrations en matière de capacité¹⁰⁹. La lacune dans l'AUDCG se résout par l'application de la loi du for elle-même ou par l'application de la loi étrangère.

Le renvoi aux droits nationaux prévu par l'AUDCG implique en réalité que le droit OHADA n'est pas un système complet de normes.

L'incomplétude de l'AUDCG s'étend à la question probatoire puis qu'il est affirmé que la preuve est libre en matière commerciale.

B Le droit de la preuve en matière commerciale

Les règles de preuve des actes de commerce sont largement développées dans le nouvel AUDCG. L'article 5 de l'AUDCG dispose que « *Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants* ». Il n'est plus indiqué, à l'article 5, que les actes de commerce « *peuvent* » se prouver par tout moyen à l'égard des commerçants, mais qu'ils se prouvent ainsi, même par voie électronique. Afin de mieux souligner les différences avec les règles de preuve du droit commun, il est ajouté que tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant. Cette disposition nouvelle vise à surmonter la contradiction entre les règles applicables aux commerçants et celles dont bénéficient les non-commerçants lorsqu'il s'agit de prouver contre un commerçant¹¹⁰. La liberté de preuve reconnue aux commerçants tend à leur éviter de conserver des moyens de preuve pré constitués mais la règle, appliquée sans précaution, aurait pour conséquence de dispenser le non-commerçant de conserver les preuves écrites qu'il détient contre un commerçant (puisque la preuve à l'égard des commerçants se fait par tout moyen) et d'obliger le commerçant à réunir et conserver toutes les preuves écrites à l'égard d'un non-commerçant (puisque la preuve contre un non-commerçant se fait en principe par écrit)¹¹¹. Le recours aux commodités du commencement de preuve par écrit est de nature à surmonter cette irritante difficulté pratique pour les commerçants et à leur permettre de rapporter plus aisément la preuve à l'égard d'une partie non commerçante, et ceci dans le respect des pratiques couramment observées.

¹⁰⁹C.A Paris, 9 nov, 1935, JDI 1936, p.893.

¹¹⁰ Voir D. Tricot, « *Statut du commerçant et de l'entrepreneur* », Droit et Patrimoine 2011, n°201, mars 2011.

¹¹¹ Op. cit, note n°110.

De même encore, l'article 5 nouveau qui réunit désormais toutes les règles de preuve applicables aux commerçants prévoit que les documents électroniques et les états financiers de synthèse constituent aujourd'hui des moyens de preuve comme les autres. Ainsi adaptées, toutes ces règles de preuve sont de nature à accroître la sécurité juridique du commerçant en lui donnant la possibilité d'utiliser tous les moyens commerciaux et financiers qui sont aujourd'hui à sa disposition, notamment les moyens électroniques, et ceci sans nuire aux droits des non-commerçants¹¹².

L'article 240 de l'AUDCG dispose que « *Le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. Il est prouvé par tous moyens* ». L'ancien article 208 de l'AUDCG disposait que « *Le contrat de vente commerciale peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin, en l'absence d'un écrit* ». Il s'agit là d'une liberté probatoire inspirée de l'article 11(2) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises affirmée en des termes identiques : « *Le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins* ». L'article 176 du nouvel AUDCG dans ses dispositions relatives aux intermédiaires de commerce dispose que « *Le mandat de l'intermédiaire peut être écrit ou verbal. Il n'est soumis à aucune condition de forme. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin* ». Ces dispositions enlèvent à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue jusque-là dans la preuve des obligations contractuelles, mais non de l'exclure¹¹³.

Les droits nationaux ne sont applicables à titre subsidiaire que seulement si les autres modes de preuve notamment l'écrit font défaut. Dans ces conditions, on recourt aux dispositions du droit national. Les législations de certains États membres de l'OHADA admettent le témoignage comme mode preuve. Il en est de l'article 16 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal qui dispose que « *Les témoignages et présomptions sont également recevables, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit* ». Quant à l'article 20 du même code, il dispose que « *La partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence : ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés* ». Enfin, l'article 29 du même code dispose que « *La preuve par témoins ou par présomptions du fait de l'homme est admissible chaque fois que la pré constitution de la preuve n'est pas obligatoire* ».

Enfin, l'article 282 du Régime des Obligations du Mali dispose que « *Le témoignage est la relation, sous la foi du serment, par une personne qui n'est pas partie au procès, d'un fait qu'elle a connu par ses propres soins* ».

¹¹²Op. cit, note n°110.

¹¹³ F. O. Etoundi, « *Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'Avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* », Revue de droit uniforme, 2008, spé. p. 358.

Ces différentes législations mettent le témoignage au centre du droit de la preuve. Ceci s'explique notamment par l'illettrisme des acteurs du commerce international en Afrique.

Tenant compte de cette situation, la jurisprudence de la CCJA a étendu le domaine d'application du droit national à la matière probatoire. C'est ainsi qu'elle a décidé dans un arrêt du 31 mai 2007 qu'on peut recourir au droit national pour combler les lacunes de l'AUDCG en matière de preuve concernant une vente commerciale¹¹⁴.

Le renvoi aux droits nationaux crée des effets pervers eu égard à l'absence d'harmonisation du droit international privé des États Parties.

Paragraphe II Les effets pervers du renvoi aux droits nationaux en raison de l'absence d'harmonisation du droit international privé des États parties

L'AUDCG est une réglementation complète pour les catégories de faits et de rapports qu'il envisage. Ce faisant, il supprime les conflits de lois¹¹⁵. Mais une telle hypothèse demeure essentiellement théorique. En effet, il est très difficile de réaliser l'uniformisation totale dès lors que l'AUDCG ne couvre pas certains actes ou faits juridiques qui ne sont pas visés par les articles 241 et 250 de l'AUDCG. C'est le cas des actes expressément ou implicitement exclus de l'AUDCG tels que la validité du contrat de vente commerciale, l'action directe, les clauses limitatives de responsabilité et la capacité des personnes physiques à exercer ou non le commerce ou le pouvoir du dirigeant à engager sa société ; les clauses contractuelles (**I**). L'absence d'harmonisation de ces dispositions conduit à l'application des règles nationales par le mécanisme des règles de conflit de loi qui se traduisent par leur imprévisibilité en raison de l'absence d'harmonisation du droit international privé des États parties (**II**).

I Les questions expressément et implicitement exclues de l'AUDCG

Les stipulations contractuelles couvrent rarement l'ensemble des questions susceptibles de survenir pendant la vie du contrat. Cette situation devient plus inquiétante lorsque la loi qui régit le contrat est lacunaire. Il en est ainsi de l'AUDCG qui exclut expressément (**A**) et implicitement (**B**) certaines questions.

¹¹⁴ CCJA, arrêt n°24/2007 du 31 mai 2007, Wague Bocar.

¹¹⁵ Le Pr Joseph Issa SAYEGH, dans son Rapport de synthèse du Colloque sur « *Le droit OHADA dans l'Océan Indien, Actualité et perspectives* » a expressément souligné que L'uniformisation du droit des affaires supprime les conflits de lois., Saint Denis de La Réunion, le 08 décembre 2009.

A Les questions expressément exclues de l'AUDCG

L'AUDCG régit « *exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur* »¹¹⁶.

Il en résulte qu'il ne régit ni la validité du contrat (1) ni celle des clauses contractuelles (2).

1. L'exclusion de la validité du contrat de vente commerciale de l'AUDCG

La validité du contrat de vente internationale n'a jusqu'à présent pas pu être réglée par voie conventionnelle¹¹⁷. L'AUDCG ne prétend pas régler la validité du contrat. Cette exclusion s'explique par plusieurs raisons :

En premier lieu, certaines des règles relatives à la validité du contrat ne sont pas spécifiquement de nature contractuelle. C'est en particulier le cas de celles qui touchent à la capacité de contracter. En droit international privé, cette question relève dans de nombreux systèmes du statut personnel. Le code civil de la Guinée¹¹⁸ retient le critère de la nationalité comme critère de détermination de la loi applicable à la capacité tandis que le système anglo-saxon retient la loi du domicile.

En second lieu, l'AUDCG ignore le concept de vice du consentement (erreur, dol). La législation de la plupart des États membres de l'OHADA fait des vices du consentement une cause de nullité du contrat (nullité relative ou absolue).

Enfin, la presque totalité des États parties au Traité OHADA se sont inspirés du droit positif français, donc de tradition civiliste. Pour ces pays tels que le Sénégal, le Mali et la Côte d'Ivoire, l'objet joue un rôle essentiel dans la validité du contrat. A l'instar de la France, ces pays ont formulé des interdictions ou restrictions d'importation ou d'exportation pour des raisons de santé, de sécurité, de moralité ou d'autre intérêt public. Toutes ces interdictions n'ont pas la même portée ni n'obéissent aux mêmes modalités ; et surtout, nombre d'entre elles sont spécifiques à l'État qui les édicte.

¹¹⁶Il ressort du Titre II « *Formation du contrat* » et plus précisément de l'article 241 de l'AUDCG que « *Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* ». Quand aux obligations des parties, elles résultent de l'article 240 du Titre III de l'AUDCG « *Obligations des parties* ».

¹¹⁷ V. Heuzé, « *La vente internationale de marchandises* », L.G.D.J, 2000, spéc. p.133.

¹¹⁸ En droit français, elle relève de la loi nationale en vertu de l'article 3 alinéa3 c.civ , Ancel et Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 1987, n°3. L'article 9.alinéa2 du code civil guinéen dispose que « *Les lois guinéennes concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Guinéens, même résidant en pays étrangers* ». De même, l'Article 32 du code civil gabonais du 29 juillet 1972 dispose que : « *L'état et la capacité des individus sont soumis à leurs lois nationales. Peuvent néanmoins être régis par la loi gabonaise, les nationaux des États étrangers qui y ont leur domicile depuis plus de cinq ans* ». Enfin, l'article 51 du régime général des obligations du Mali dispose que « *Sont incapables de contracter : • les mineurs non émancipés ; • les majeurs interdits* ».

Nous pouvons raisonnablement penser que la notion de validité du contrat commercial de manière générale et en particulier de la vente commerciale est appréciée par référence aux droits nationaux conformément aux dispositions de l'article 237 de l'AUDCG. La validité du contrat commercial sera donc confrontée aux dispositions des droits nationaux.

Nous examinerons l'exclusion de la validité du champ matériel de l'AUDCG à travers la capacité (a), les vices du consentement (b), l'objet et la cause (c).

a) La capacité commerciale dans l'AUDCG

La vente, dans l'espace OHADA, est exercée en majorité par des personnes physiques et par des personnes morales. Ces personnes sont soumises à des règles spéciales que les conventions matérielles jusque-là n'ont pu uniformiser. Il s'agit de la capacité de ces personnes physiques et morales à exercer ou non le commerce.

Il convient d'examiner la réglementation de la capacité à exercer le commerce dans l'AUDCG.

L'AUDCG a opté pour un critère objectif pour définir le commerçant. En effet, le commerçant est celui qui fait professionnellement des actes de commerce par nature¹¹⁹. La notion de commerçant est alors à la base du droit commercial, considéré comme un droit professionnel¹²⁰. L'AUDCG fixe des conditions générales d'exercice de la profession de commerçant mais renvoie aux droits nationaux le soin de fixer les règles relatives à la capacité. Chaque État est ainsi souverain pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes. C'est pourquoi, dans les conventions de droit matériel, les questions relatives à la capacité des personnes sont renvoyées aux droits nationaux.

L'AUDCG prévoit des restrictions à l'exercice de la profession de commerçant dans l'espace OHADA.

Les restrictions sont prévues à l'article 6 de l'AUDCG qui dispose que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ». La qualité de commerçant entraîne, en droit matériel OHADA, un assez grand nombre de conséquences juridiques : les commerçants se doivent de remplir des conditions d'aptitude. Ainsi, si la qualité de commerçant résulte de l'accomplissement des actes de commerce à titre de profession habituelle¹²¹, ces actes de commerce ne seront valablement accomplis que si l'auteur est

¹¹⁹L'article 2 AUDCG dispose que : « *Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ».

¹²⁰ JurisClasseur Droit international Cote : 03,1992.

¹²¹ La formation du contrat selon la CVIM: « *Quelques difficultés* », Revue de droit des affaires internationales, n°3/4,

juridiquement capable. L'AUDCG fixe des principes. L'article 7, alinéa 1 dispose que « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ». Le principe reste donc la fermeture de la profession commerciale aux mineurs sans qu'il soit utile de distinguer, comme en matière pénale, selon qu'ils ont le discernement ou pas¹²².

En revanche la capacité d'être commerçant entraîne évidemment celle de faire des actes de commerce. Du point de vue de la loi applicable à cette capacité, il n'est pas possible d'avoir toujours recours au statut personnel. Il faut tout d'abord distinguer ici capacité de jouissance et capacité d'exercice¹²³.

En droit OHADA de la vente commerciale, le droit d'être commerçant est refusé à certaines catégories de personnes, soit en raison de leur situation personnelle soit en raison des fonctions qu'elles exercent¹²⁴, soit encore en raison de sanctions qu'elles se seraient vu infliger¹²⁵. La capacité à contracter des personnes physiques se distingue de celle des personnes morales laquelle est subordonnée à leur immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier et de la lex societatis. Selon les dispositions de l'article 98 de l'Acte Uniforme aux sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, ci-après AUSC-GIE « *Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (...)* ». Il résulte donc de cet article que la capacité d'une société à ester en justice s'apprécie dès lors qu'il est démontré que son immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier est intervenue.

En application de cet article, le tribunal de grande instance de Bobo Dioulasso, dans un jugement en date du 04 avril 2004, a, par un attendu très clair jugé que :

« *Attendu que la capacité juridique d'ester en justice peut être définie comme l'aptitude à faire valoir ses droits et intérêts en justice ;*

Attendu que dans le cas d'espèce, l'acte d'assignation a été fait le 07 novembre 2003 et enregistré à la direction générale des Impôts le 17 avril 2003 ; qu'il y a lieu de constater qu'au moment de l'assignation, la SAT avait déjà été immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier et

2001, p.277 et s., p.48.

¹²²D.R. Soh Fogno et A. Tchoffo « *l'assainissement de la profession commerciale dans l'espace OHADA* », Penant, Revue trimestrielle de droit africain, n°862, Janv-mars 2008, spéc.p.96

¹²³ Jurisclasseur Droit international Cote : 03,1992, Fasc. Les commerçants en droit international privé.

¹²⁴L'article 9 AUDCG cite : les fonctionnaires, avocats, officiers publics, etc.

¹²⁵L'article 10 AUDCG cite parmi ces interdictions: les condamnés de droit commun ou interdiction générale, temporaire etc.

jouissant donc de la personnalité juridique conformément aux dispositions de l'article 98 de l'acte précité ;

Attendu qu'en outre, que conformément aux dispositions des articles 29 et 98 toujours du même acte précité, l'immatriculation peut être définie comme étant à la fois, la date de naissance et de déclaration à l'état civil d'une société ; que cependant la gestation (sic!)¹²⁶ d'une société étant relativement longue, les actes accomplis au cours des différentes étapes de sa constitution sont pris en compte;

Attendu qu'il convient donc de constater la capacité de la SAT à ester en justice et par conséquent rejeter l'exception soulevée par le défendeur»¹²⁷. Il résulte de ce jugement que la capacité d'une personne morale s'apprécie au jour de son immatriculation au RCCM.

Quand bien même la société n'est pas immatriculée, il arrive que les rédacteurs des statuts prévoient que les actes accomplis par les associés au nom et pour le compte de la société en formation seront repris par cette dernière après son immatriculation au RCCM.

La question de la capacité en droit de la vente s'est posée également devant l'arbitre. Il s'agissait d'un contrat de vente signé en 2006 entre une société de droit américain et une société de droit congolais. Aux termes de ce contrat, la société de droit américain avait acheté 1,200 tonne métrique de minerai (hétérogénite), que la société congolaise (défenderesse) s'était engagée à livrer trimestriellement à raison de 400 tonnes par trimestre. Le prix d'achat devait être établi après pesage, échantillonnage et contrôles de qualité sur la base d'un cours moyen du minerai calculé le mois de la livraison, et payé dans les 48 heures suivant ces opérations, sauf pour la première livraison, pour laquelle les parties étaient convenues d'un prix fixe¹²⁸.

Aucune livraison n'étant intervenue malgré les demandes de la demanderesse (société de droit américain), et aucune solution à l'amiable n'ayant été trouvée du fait du refus du représentant de la défenderesse de poursuivre une solution négociée, la demanderesse a introduit la demande d'arbitrage.

Le Conseil de la société de droit congolais (défenderesse) a contesté la compétence de l'arbitre unique au motif que « *la défenderesse ne serait pas une société mais un simple nom commercial*

¹²⁶C'est qui nous marquons le mot entre parenthèse. Nous sommes surpris par l'emploi du mot « *gestation* » pour désigner une société en formation.

¹²⁷TGI Bobo Dioulasso, Jugement n°74 du 04 avril 2004, Société d'Affrètement et de Transport (SAT) c/ BARRO Allassane). Ohadata J-05-234. L'expression gestation est inappropriée. On parle de constitution de société.

¹²⁸ Sentence CCI n°14861 rendue en 2008. JDI, janv. 2014, chron n°1, note Andrea Carlevaris.

utilisé par différentes personnes ». Par conséquent, « *faute de personnalité juridique, condition indispensable pour pouvoir être partie à un arbitrage, la défenderesse ne saurait participer à la procédure* ». L'arbitre unique a distingué la capacité des parties du pouvoir de leur représentant d'engager leur responsabilité en ces termes: « *La convention d'arbitrage étant un acte juridique, la personne qui conclut une convention d'arbitrage en son nom et pour son compte doit être capable. De plus, lorsqu'une personne entend conclure un tel acte pour le compte d'autrui, elle doit avoir reçu un pouvoir à cet effet* ». C'est uniquement après avoir constaté l'absence de capacité juridique de la défenderesse, et donc l'impossibilité de la considérer comme partie à la convention d'arbitrage, que l'arbitre a examiné le pouvoir de la personne ayant négocié et signé le contrat au nom et pour le compte de la défenderesse, pour conclure la qualité de mandataire apparent d'un mandant inexistant.

S'agissant de la capacité et du pouvoir de compromettre de la défenderesse, l'arbitre unique a constaté, sur la base d'un extrait du registre du commerce versé aux débats, que la défenderesse est bien une dénomination commerciale dépourvue de personnalité juridique, et qu'elle ne peut donc, en tant que telle, être partie au contrat. Cependant l'arbitre s'est référé aux principes de loyauté et de bonne foi, ainsi qu'à la théorie du mandat apparent, pour en déduire que, malgré l'absence de personnalité morale de la défenderesse, la demanderesse avait pu légitimement croire à l'existence d'un mandat du signataire du contrat. C'est ce qui ressort expressément de l'article 185 de l'AUDCG qui dispose que « *Lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, ses actes ne lient ni le représenté ni le tiers visé à l'article 169 ci-dessus. Toutefois, lorsque le comportement du représenté conduit ce tiers à croire, raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, ce dernier ne peut se prévaloir à l'égard dudit tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire* ».

Le raisonnement de l'arbitre nous paraît cohérent avec les règles du droit international privé. Il s'est fondé sur le mandat apparent que l'AUDCG consacre d'une part et, d'autre part, sur le principe de loyauté pour conclure au consentement à l'arbitrage. L'arbitre a bien constaté l'absence de capacité de la personne morale et devait donc annuler l'arbitrage. Toutefois, l'arbitre unique s'est fondé sur le mandat apparent pour valider l'arbitrage.

En outre, depuis l'arrêt Lizardi de 1861, la jurisprudence française a, à plusieurs reprises, fait appel à la théorie de l'apparence dans la conclusion d'une convention d'arbitrage et en a fait l'objet d'une règle matérielle¹²⁹.

¹²⁹CA Paris, 4 janv.1980: Rev. arb.1981, p.160, note P. Level: « *un principe de capacité fondé sur la croyance légitime dans les pouvoirs des représentants se déduit du principe de validité de la convention d'arbitrage afin de mettre un*

Il résulte de la sentence d'arbitrage et du jugement du tribunal de grande instance que le défaut de capacité peut être sanctionné par l'irrecevabilité de la demande ou même de l'absence de consentement à l'arbitrage.

L'AUDCG érige la capacité en principe d'ordre public.

b) L'exclusion des vices du consentement de la réglementation uniforme AUDCG

Dans les droits issus de la civil law, comme la plupart des États membres de l'OHADA et la France, les vices du consentement tels que l'erreur, le dol et la violence sont une cause de nullité du contrat. Toutefois, l'AUDCG exclut ces questions de sa réglementation dans la mesure où les articles 240 et 241 de l'AUDCG disposent qu'il ne régit que la formation et l'exécution du contrat de vente commerciale. Cette exclusion conduit à penser que les actions pour vices du consentement existent en dehors de l'AUDCG mais parallèlement aux remèdes de l'acheteur pour non-conformité prévus par ce dernier. Aussi, on s'interroge sur la loi applicable aux vices du consentement et plus précisément de l'erreur.

Dans cette équation à plusieurs inconnues, nous sommes face à l'application concurrente de deux droits :

- d'abord, les actions menées par l'acheteur sur le fondement de l'erreur sont régies par le droit « interne » et non unifié, par le mécanisme des règles de conflit de lois.
- tandis que les actions de l'acheteur sur le fondement des vices cachés sont régies par l'AUDCG.

Ce parallélisme d'actions risque de créer des incohérences et par conséquent une insécurité juridique pour les justiciables.

En cas de vente d'une chose qui ne correspond pas aux qualités convenues, l'acheteur dispose en droits sénégalais et malien de trois actions possibles :

- l'action en garantie contre le vendeur,
- l'action pour non-conformité,
- l'action en nullité pour erreur sur une qualité substantielle de la chose.

terme aux comportements contraires à la bonne foi », Cass. 1ère civ. 8 juill. 2009, n°08-16.025 : jurisData n°2009-049079.

En droit sénégalais, l'article 62 du code des obligations civiles et commerciales dispose qu' « *Il n'y a nullité lorsque la volonté de l'un des contractants a été déterminée par une erreur. Ce fait est établi lorsque l'autre contractant a pu connaître le motif déterminant pour lequel le contrat a été conclu.*

L'erreur de droit est vice du consentement dans les mêmes conditions que l'erreur de fait ».

Enfin, le Régime général des obligations du Mali dispose en son article 36 qu' « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par la violence* ». L'article 37 du même régime ajoute que : « *L'erreur ne vicie le consentement que lorsqu'elle est déterminante.*

Elle doit porter sur un élément essentiel du contrat ou que les parties considéraient comme tel.

L'erreur sur la personne n'est une cause de nullité que si la considération de cette personne est la cause principale de la convention ».

Ainsi en présence d'une action fondée sur l'erreur, le juge tranchera le litige conformément à ses règles de droit international privé alors que l'action sur le défaut de conformité sera régie par l'AUDCG. Ce parallélisme d'actions pose le problème crucial de l'application distributive des lois nationales et de l'AUDCG. En effet, le juge saisi doit-il appliquer l'AUDCG à l'ensemble du litige puisque celui-ci oppose le vendeur à l'acheteur ? Ou doit-il appliquer ses propres règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la situation litigieuse ?

Un raisonnement à deux temps s'impose.

Si l'action litigieuse porte sur la nullité du contrat, rien que celle-ci pour erreur, le for saisi devra mettre en œuvre ses propres règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable. Il le fera naturellement selon les principes de droit international privé. Le droit international privé du Burkina Faso prévoit qu'en l'absence de droit applicable, le contrat est régi par la loi nationale de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique. Cette disposition a été confirmée par une ordonnance de la Cour d'appel de Ouagadougou aux termes de laquelle le magistrat a jugé qu'en matière de vente, la prestation caractéristique est l'obligation de délivrance du vendeur¹³⁰.

Le droit international du Bénin prévoit qu'en l'absence de droit applicable, il sera fait application de la loi avec laquelle le contrat en cause présente les liens les plus étroits. Sur ce point il rejoint l'article 4§1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui dispose que « (...) *le contrat est régi*

¹³⁰ Pour une application de la règle de conflit de lois : voir : C.A Ouagadougou (Burkina Faso) Ordonnance de référé n°89/2001, Eurasie-Afrique/CIAT, www.ohada.com, ohadata J-06-64.

par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

Ces deux systèmes de droit international privé rejoignent les systèmes occidentaux de droit international privé¹³¹. Mais il en va autrement pour le système de conflit de loi du Gabon. L'article 55, alinéa 2 du code civil gabonais dispose que « *Faute par les contractants d'y avoir exprimé clairement leur volonté, les contrats sont soumis à la loi du lieu de leur conclusion, à l'exception des contrats relatifs à la constitution ou à la transmission d'un droit réel sur un meuble ou d'un immeuble, lesquels demeurent soumis à la loi du lieu de la situation du bien* ». Dans ce cas, le juge gabonais, résoudra le problème selon ses propres règles de conflit qui conduiront à appliquer la loi du lieu de conclusion du contrat. C'est en fonction de cette loi que le juge appréciera la validité du contrat. Ce système est à l'opposé des systèmes du Bénin et du Burkina Faso.

Comme on le voit, les solutions au problème de loi applicable en matière de vices du consentement varient selon les systèmes de droit international privé des États membres de l'OHADA. Il en résulte qu'il n'y a pas de solutions homogènes en Afrique, contrairement à l'Union européenne qui s'est dotée de Règlements pour unifier les lois applicables tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle.

Les dispositions des articles 240 et 241 de l'AUDCG nous amènent à dire que l'objet et la cause du contrat sont exclus de la réglementation AUDCG.

c L'exclusion de l'objet de la réglementation matérielle de l'AUDCG et la mise en jeu des dispositions d'ordre public des États membres de l'OHADA

La loi du contrat régit en principe l'objet et la cause du contrat. Il n'est toutefois pas rare, sur ces aspects, que la loi du contrat soit évincée au bénéfice d'une exception d'ordre public international, d'une intervention de la lex fori (irrecevabilité de la demande fondée sur une cause immorale), ou d'une quelconque loi de police, même étrangère.

L'ordre public international est défini comme « *un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux, économiques et sociaux* »¹³². C'est donc « *l'application* » de la loi désignée qui doit être contraire à l'ordre public et non la loi elle-même. C'est à dire que l'exception d'ordre public interviendra lorsqu'il s'agit d'une législation étrangère à l'ordre public de l'OHADA.

¹³¹Voir l'article 4.1 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 dispose que : « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit a) « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

¹³² M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, L.G.D.J (2007), n°307.

La notion d'ordre public dans l'AUDCG ne concerne que le bail commercial¹³³. Ces dispositions ne concernent pas la vente commerciale. Tout au plus, c'est dans le domaine de l'arbitrage commercial international OHADA qu'on parle d'un ordre public international¹³⁴.

L'article 25, alinéa 4, 4° du Traité OHADA dispose que « *L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants : (...)*

4° Si la sentence est contraire à l'ordre public international ».

Cette disposition est reprise dans les mêmes termes par l'article 30.6, alinéa 4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

L'ensemble de ces dispositions montre que le Traité OHADA en général et en particulier l'AUDCG ne définit pas l'ordre public. Aussi, il convient de relever que l'AUDCG ne prohibe aucune vente. Cela revient à dire que ses dispositions renvoient à l'ordre public international des États membres de l'OHADA. C'est ainsi que l'objet du contrat sera apprécié à l'aune des ordres publics internationaux des États membres.

De jure, l'objet des ventes commerciales doit être appréhendé à l'aune des ordres publics des États membres. C'est ce qui ressort de l'article 26, alinéa 5 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage ci-après AUA. En effet, cet article prévoit que le recours en annulation contre une sentence arbitrale est recevable « *si le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité* ».

Un auteur¹³⁵ s'est posé la question de la place des ordres publics (international et interne) des États membres de l'OHADA dans la nomenclature OHADA sans pour autant en tirer une conclusion claire. Aussi, il convient de relever que les dispositions d'ordre public d'un État membre de l'OHADA peuvent faire échec à la validité ou à l'exécution d'un contrat de vente commerciale dès lors que l'objet de ce contrat est contraire à celles-ci. C'est le cas lorsque le contrat porte sur une chose qui n'est pas dans le commerce. Dans ce cas, l'ordre public international intervient pour faire échec à la conclusion du contrat parce qu'il heurte les principes et valeurs fondamentaux de l'État

¹³³ L'article 134 de l'AUDCG dispose que « *Sont d'ordre public les dispositions des articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du présent Acte uniforme. Sauf convention contraire entre le bailleur et l'entrepreneur, ce preneur ne bénéficie ni d'un droit au renouvellement du bail, ni d'un droit à la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé* ».

¹³⁴ E. A. Assi « *L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage* », Rev. arb. n°4. 2007, pp.753-768, G.K.Douajni, « *La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA* », Revue Camerounaise de l'arbitrage, n°29, 2005, pp.3-14.

¹³⁵ G. N. Anou « *Droit OHADA et conflits de lois* », page 183, spécialement.224 et s.

du for. Lorsque les normes étrangères heurtent les principes essentiels tels que l'objet (c.1) et la cause (c.2), l'exception d'ordre public international permettra de les écarter.

c.1. L'absence de réglementation sur la licéité de l'objet dans l'AUDCG et la concurrence des lois étatiques

La loi du contrat permet tout d'abord de définir si la chose est ou non dans le commerce, et donc susceptible de contrat. Elle permet également de décider si l'objet d'un contrat est ou non licite. Toutefois, il a été impossible pour les rédacteurs de l'AUDCG d'en traiter. Ce dernier ne définit pas la licéité du contrat commercial. L'absence de définition de la licéité de l'objet dans l'AUDCG entraîne la concurrence entre les législations des différents États membres.

La licéité de l'objet du contrat tant en matière internationale qu'en droit interne s'apprécie au regard des dispositions des États membres de l'OHADA qui interdiraient ou réglementeraient la vente de certaines choses soit dans l'ordre interne.

L'article 77 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que : « *L'objet du contrat est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle* ». L'article 78 du nouveau code des obligations civiles et commerciales du Sénégal permet de contrôler l'objet du contrat en ce qu'il dispose que : « *La prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures* ». Cette limite est également prévue par l'article 54, alinéa 2 du Régime général des obligations du Mali, ci-après RGO qui reprend textuellement l'article 78 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

Selon les législations malienne et sénégalaise, le contrôle de l'objet permet de traquer et sanctionner les illicéités officielles. Pour comprendre cette exigence, il convient de se référer aux articles 6, 1128 et 1133 du code civil français. Ces trois textes sont en fait porteurs de deux règles :

- La première est exprimée par l'article 1128 du code civil et requiert que le contrat porte sur des droits disponibles. Les choses hors de commerce sont des choses dont on ne peut disposer, et qui donc, sont indisponibles.
- La seconde résulte de l'article 6 du code civil. Elle pose que même si la matière est disponible et de la sorte accessible au contrat, ce dernier doit cependant présenter un contenu conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Conformément à ces dispositions, la Cour de cassation française a jugé dans un arrêt du 12 janvier 2012 que le vendeur ne peut pas réclamer le complément de prix occulte payé avec un chèque sans

provision, car l'obligation fondée sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet¹³⁶.

Ces dispositions d'ordre public interne, restrictives ou impératives sont susceptibles de s'appliquer aux ventes dans l'espace OHADA indépendamment des dispositions autrement applicables au contrat. L'ordre public interne désigne les règles auxquelles les personnes ne peuvent pas déroger par une volonté privée unilatérale ou conventionnelle¹³⁷.

L'AUDCG contient des dispositions d'ordre public. Elles intéressent essentiellement le bail commercial¹³⁸.

Il convient de retenir que l'ordre public international intervient après le jeu normal de la règle de conflit. Ainsi, lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère dont le contenu est contraire aux principes et valeurs essentiels ou jugés fondamentaux du for, elle doit être écartée. Nous pouvons dire que l'ordre public international intervient a posteriori. La CCJA ne nous donne pas de cas de nullité d'un contrat pour contrariété à l'ordre public d'un État membre ou de l'OHADA. Nous illustrons cependant nos développements par la jurisprudence française. La Cour de cassation française s'est prononcée contre la validité des ventes internationales ayant pour objet des biens destinés à la contrebande ou du matériel de guerre¹³⁹.

Comme on le voit, la commercialité ou non d'un bien dans le droit OHADA s'apprécie à l'aune de l'ordre public international des États membres de l'OHADA.

c.2 La cause dans la vente commerciale OHADA

La loi applicable au contrat est compétente pour poser les conditions d'existence, de licéité et de moralité de la cause. Ils ne sont pas cités dans le Livre VIII de l'AUDCG consacré à la vente commerciale. A l'analyse du Livre VIII¹⁴⁰ de l'AUDCG, nous pouvons raisonnablement conclure que la cause en tant que condition de validité du contrat de vente commerciale est exclue du droit matériel. Les rédacteurs de l'AUDCG ont ainsi élaboré un droit matériel régissant la formation et les

¹³⁶ Cour de cassation, 3ème chambre civile, 10 janvier 2012 ; pourvoi n° 10-18.881.

¹³⁷ L'article 12 du code civil guinéen dispose que : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux Lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹³⁸ L'article 134 de l'AUDCG dispose que « *Sont d'ordre public les dispositions des articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du présent Acte uniforme.* ».

¹³⁹ Com.7 mars 1961, Bull. civ. III, n°125.- Paris, 9 févr. 1966, Rev. crit. DIP 1966. 264, note Louis-Lucas.

¹⁴⁰ Le livre VIII de l'AUDCG porte sur la vente commerciale. Toutefois, aucun titre, aucun chapitre ni aucun article ne fait référence à la licéité de l'objet dans la vente commerciale. Il se trouve que certains États membres de l'OHADA ont adhéré ou ratifié des conventions internationales qui interdisent la commercialisation de certaines matières premières ou des espèces animales en voie de disparition tel que le Cameroun qui a ratifié la CITES.

effets de la vente commerciale sans se soucier de ses conditions de validité. Ils ont mis des obligations respectives à la charge du vendeur et de l'acheteur. Dans une vente commerciale OHADA, la cause de l'obligation du vendeur réside dans la livraison de la marchandise; l'acheteur est tenu au paiement du prix de la marchandise¹⁴¹.

L'AUDCG ne rattache l'illicéité ou l'immoralité de la cause du contrat de vente commerciale à aucune de ses dispositions tandis que certaines législations des États l'ayant ratifié rattachent à l'idée d'illicéité ou d'immoralité de la cause l'annulation de contrats contraires à leur ordre public. Il en résulte que la cause des contrats sera appréciée à l'aune de l'ordre public des États.

L'objet et la cause sont deux notions intimement liées en droit interne de certains États membres de l'OHADA. Il en est ainsi du Sénégal et du Mali. L'objet et la cause font partie des exceptions culturelle et juridique de ces deux États francophones membres de l'OHADA. Mais l'AUDCG ne dit pas si la cause doit être licite ou pas.

En faisant abstraction de la cause comme élément de validité du contrat, l'AUDCG fait table rase d'un acquis séculaire des législations africaines d'inspiration française et s'inscrit dans une démarche empruntée à la common law et au projet de la Chancellerie de 2008.

Cependant, il est difficile de faire table rase d'un acquis comme la cause pour deux raisons :

- d'abord, la notion est si profondément incrustée dans les droits nationaux d'inspiration française et les esprits des professionnels et des praticiens qu'il paraît difficile de lui substituer un autre modèle de pensée.
- ensuite, parce que, jusqu'à preuve du contraire, rien ne permet de dire qu'elle est nuisible au bon fonctionnement et à l'attractivité du droit OHADA.

En dépit de l'absence de définition de la cause dans l'AUDCG, les législations des États francophones membres de l'OHADA, à l'instar du Sénégal, l'ont érigée comme une condition de validité du contrat¹⁴². La cause, dans la plupart des législations des États francophones membres de

¹⁴¹ L'article 270 AUDCG stipule que « *Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et au présent Livre, à livrer les marchandises et à remettre, s'il y a lieu, les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison.* »

Il est tenu, en outre, de s'assurer de la conformité des marchandises à la commande et d'accorder sa garantie ».

Quant à l'acheteur, l'article 262 AUDCG stipule que « *L'acheteur s'oblige à payer le prix et à prendre livraison des marchandises* ». A travers ces deux articles, les rédacteurs de l'AUDCG ont érigé des obligations principales et accessoires qui se servent réciproquement de cause et d'objet.

¹⁴² En effet, l'article 76 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal stipule que « *Le contrat est nul pour*

l'OHADA, est divisée en deux :

- la cause de l'obligation et,
- la cause du contrat.

Cette conception de la cause dans les contrats est héritée de la législation française¹⁴³.

La cause qu'elle soit dualiste ou unitaire ou qu'elle soit définie ou non est assise sur l'idée de justification. Ce qui est, aujourd'hui, exigé pour la validité du contrat, c'est que l'engagement ait « *une cause réelle et licite* ». Cette exigence ressort du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal¹⁴⁴ et du Régime général des obligations du Mali¹⁴⁵.

La licéité de la cause dans la vente commerciale OHADA pose l'épineuse question de l'ordre public. Certes, un ordre public existe dans le droit OHADA de l'arbitrage, toutefois, aucune disposition de l'AUDCG ne porte sur l'ordre public en matière de vente commerciale. En effet, l'AUDCG ne prohibe aucune vente commerciale alors que certaines marchandises ne peuvent faire l'objet de commerce¹⁴⁶.

L'exigence d'une cause licite conduit à considérer comme étant sans justification l'engagement contracté par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou, plus généralement, à une règle impérative. De ce fait, l'ordre public évincera la disposition litigieuse conformément aux dispositions d' « *ordre public international des États - Parties* ».

L'ordre public international renvoie nécessairement au conflit de lois. C'est à l'occasion de la mise en œuvre de la règle de conflit que le juge saisi décide de recourir à l'exception d'ordre public

une cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le caractère déterminant du motif est établi lorsqu'il résulte des circonstances de formation du contrat que les parties ne pouvaient ignorer la cause ».

¹⁴³Le code des Obligations civiles et commerciales du Sénégal reprend cette division. En effet, l'article 76 du même code parle de la cause du contrat tandis que l'article 77 parle de cause de l'obligation:

Quant à l'article 77 stipule que « *L'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable. Le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée (...)* ».

¹⁴⁴ Op. cit, note n°144.

¹⁴⁵ Article 56 alinéa 1, du Régime général des obligations du Mali stipule que: « *Le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

¹⁴⁶ Tel est le cas de la vente d'ivoire d'éléphants. Ces animaux sont protégés par la Convention Internationale relative à la protection des espèces en voie de disparition.

international pour éviter l'application de la *lex causae* désignée¹⁴⁷.

Il convient de relever que les valeurs affirmées par le juge qui invoque l'ordre public international inspirent déjà les manifestations de l'ordre public interne. En d'autres termes, toutes les fois que l'ordre public international peut être utilement invoqué, ses valeurs coïncident avec celles de l'ordre public interne. On le constate, notamment, lorsque l'on voit le juge, qui rejette des éléments de droit étranger, s'en justifier par référence aux grands principes de son droit interne¹⁴⁸. En conséquence, tout ce qui est d'ordre public international est d'ordre public interne.

L'article 237 de l'AUDCG dispose que « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ». En l'absence de réglementation de la cause dans l'AUDCG, la contrariété du contrat à l'ordre public du for ferait obstacle à son exécution conformément à l'article 237 ci-dessus cité. La loi de la condition violée indique la sanction de la violation : nullité ou réduction des engagements. Le régime de l'action en justice destinée à provoquer la sanction, y compris sa prescription, est soumis à la même loi.

2. L'exclusion de certaines clauses limitatives de responsabilité et d'imprévision de la réglementation matérielle AUDCG

Importante, en pratique, est l'exclusion par les conventions uniformes des clauses d'imprévision et limitatives de responsabilité en raison de l'essor des conditions générales par lesquelles les vendeurs tentent de forger le contrat dans un sens qui leur soit le plus favorable possible, au détriment des acheteurs. L'efficacité juridique de ces clauses doit s'apprécier à l'aune de la *lex contractus*¹⁴⁹. Elles sont le plus souvent liées à la validité du contrat, domaine qui n'a pas été uniformisé par l'AUDCG à l'exception de la clause de garantie prévue à l'article 260 de l'AUDCG qui dispose que « *Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de les prendre dans ces conditions. Le vendeur doit garantir l'acheteur de toute éviction par son fait personnel* ». L'exclusion des clauses limitatives et d'imprévision est problématique parce qu'elles sont extrêmement répandues dans les contrats internationaux. Elles peuvent être

¹⁴⁷ J.-Gr. Mahinga, « *Ordre public interne, ordre public international et lois de police* », note sous arrêt, Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, Petites affiches, 21 août 2007 n°167, P.8.

¹⁴⁸ V. par exemple, en matière de nationalisation étrangère, Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 1969, Cie française de crédit et de banque: JDI 1969, p. 912, note Chardenon.

¹⁴⁹ B. Audit, « Vente », Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.

introduites dans les contrats commerciaux internationaux régis par l'AUDGC. L'absence de réglementation nous amène donc à trouver la loi qui régira ces clauses. C'est l'objet de notre étude.

Nous étudierons successivement les clauses limitatives de responsabilité (a) et la clause d'imprévision (b) dans l'AUDCG.

a) L'exclusion des clauses limitatives de responsabilité de la réglementation matérielle AUDCG

L'exécution des contrats du commerce international est une opération qui génère des risques financiers dus à leurs conditions d'exécution¹⁵⁰. Ces risques sont inhérents aux co-contractants. Ils sont également liés au contexte politique, juridique et économique du pays de l'exécution du contrat¹⁵¹. La différence de solutions des droits nationaux relatives aux règles de la réparation rend incertaines les conséquences financières de ce manquement.

En outre, les juges nationaux des pays africains sont dotés d'un large pouvoir d'appréciation quant à la fixation du montant de la réparation en cas de défaillance contractuelle, ce qui accentue l'incertitude et par conséquent le risque financier consistant dans le paiement des dommages-intérêts.

Pour se prémunir contre un tel risque financier; les parties au contrat y insèrent des clauses qui ont pour objet de fixer, limiter, réduire ou exclure la réparation dans certains cas. Nous en définirons quelques-unes.

- Les clauses limitatives de réparation sont des clauses par lesquelles les parties fixent un plafond de réparation¹⁵² ;
- Les clauses pénales, quant à elles, instituent un forfait de réparation¹⁵³;
- Les clauses limitatives de responsabilité sont des clauses qui limitent ou déterminent les cas dans lesquels il sera possible d'engager la responsabilité. Elles ont pour objet de plafonner l'indemnité due au cas d'inexécution. L'avantage est en particulier de rendre plus aisée pour

¹⁵⁰ I. Perret, « *Qu'est ce que la gestion des risques dans les contrats internationaux ?* », in, La gestion des risques dans les contrats internationaux, Colloque de la Faculté de droit d'Ottawa, Wilson & Lafleur. Montréal 1991.p.15 et s., Marcel Fontaine, « *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses* », coll. De la FEDUCI, 1989, p.203.

¹⁵¹ M. Eid Rawach, « *La validité des clause d'exonérations de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* », Revue de droit international comparé, Vol,53, n°1, Janvier-mars 2001, pp 141- 157.

¹⁵² P. Delebecque, « *Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat* », Petites affiches, 05mai 2000 n°90, p.22

¹⁵³ Op cit, note n°152.

le contractant ainsi protégé la souscription d'une assurance, l'assureur pouvant chiffrer le risque qu'il garantit. Indépendamment même du mécanisme d'assurance, cela assure à l'entreprise une prévision dans la gestion des coûts¹⁵⁴.

- Les clauses limitatives de garantie sont des clauses par lesquelles, le débiteur accepte une garantie mais simplement pendant un certain temps¹⁵⁵. Seule cette dernière est prévue par l'AUDCG.

L'AUDCG vise le cas de force majeure à l'article 294 qui dispose que « *Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure* ».

Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ».

Ces clauses permettent au débiteur de limiter ou de prévoir le risque financier pouvant résulter d'une défaillance contractuelle. Elles jouent un rôle important dans le développement du commerce international dans la mesure où elles encouragent l'action au sein du marché international malgré les risques inhérents à l'exécution. Leur régime suscite des controverses dans différents systèmes juridiques¹⁵⁶.

La principale question qui concerne ces clauses ou leur régime dans les droits nationaux des pays africains membres de l'OHADA est celle de leur validité ou leur licéité. Bien que ces clauses bénéficient d'une validité de principe dans la majorité des droits nationaux, de multiples limites sont destinées à neutraliser leurs effets, souvent considérés comme indésirables. La possible extension de cette solution interne aux contrats du commerce international par le biais de la règle de conflit peut aboutir à des résultats insatisfaisants. En effet, la loi de certains États membres de l'OHADA écarte ou prohibe ces clauses au nom de l'ordre public ou lorsqu'elles portent atteinte à l'obligation essentielle du contrat. Elle les prohibe enfin en présence d'une faute inexcusable, équivalente au dol, commise par l'un des contractants. L'article 134 du Régime général des obligations du Mali dispose

¹⁵⁴F. X. Testu, « *stipulations relatives à la responsabilité* », Dalloz contrat d'affaires, 2010.

¹⁵⁵Op. cit, note n°152.

¹⁵⁶Soucieux de l'importance de ces clauses et de l'intérêt d'apporter à leur régime une solution uniforme, le Projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats leur a consacré un traitement particulier à l'article 7/6 qui dispose que : « *Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire* ».

que « Sous réserve des dispositions concernant les contrats spéciaux, les contrats maritimes et aériens, sont valables les clauses par lesquelles les parties, d'un commun accord, tendent à limiter leurs obligations à condition de ne pas faire disparaître totalement leur responsabilité.

De la même manière, les parties peuvent d'un commun accord aggraver leurs obligations sous réserve des dispositions d'ordre public ».

Les législations du Sénégal et du Mali prévoient la nullité du contrat lorsque la clause limitative de responsabilité porte atteinte à l'ordre public ou en cas de dol ou de faute lourde.

L'article 152 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que sont nulles :

« Hors les cas prévus par l'article précédent, les dispositions concernant la responsabilité de droit commun ou les régimes particuliers de responsabilité sont d'ordre public.

En aucune façon, le débiteur ne peut s'exonérer de la responsabilité d'un dommage causé à la personne ou des conséquences de son dol ou de sa faute lourde ».

L'article 155 du même code dispose que: *« Lorsque la clause pénale a pour résultat de limiter la responsabilité encourue, il n'en sera pas tenu compte si l'inexécution de l'obligation est due au dol ou à la faute lourde du débiteur, ou encore si le dommage a été causé à l'intégrité de la personne ».*

Quant à l'article 137 du Régime général des obligations du Mali, il stipule que : *« Lorsque la clause pénale a pour résultat de limiter la responsabilité encourue, il n'en sera pas tenu compte si l'inexécution de l'obligation est due au dol ou à la faute lourde du débiteur, ou encore si le dommage a été causé à l'intégrité de la personne.*

*La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale mais l'obligation principale survit à la nullité de la clause pénale »*¹⁵⁷. Il en découle que la clause pénale qui limite la responsabilité contractuelle est irrecevable en droits sénégalais et maliens lorsque l'inexécution est consécutive au dol ou à la faute lourde du débiteur ou si un dommage a été causé à l'intégrité physique de la personne.

Le dol est une faute intentionnelle mais c'est également le manquement délibéré aux obligations contractuelles. Un vendeur qui manque délibérément à ses obligations se rend coupable d'un dol et ne peut donc pas compter sur ces clauses limitatives¹⁵⁸. Quant à la faute lourde, elle a été un temps comprise, en France, d'une manière purement subjective. La faute lourde est alors la faute de

¹⁵⁷ Article 137 du Régime Général des Obligations du Mali (RGO).

¹⁵⁸ P. Delebecque, « *Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat* », les Petites affiches, 05 mai 2000, n°90, p.22.

l'incapable, de celui dont le comportement est particulièrement absurde ou incohérent. Cette conception reste de droit positif : elle est surtout parfaitement légitime et justifiée¹⁵⁹.

Depuis quelques années, cependant, la faute lourde est envisagée d'une manière objective : la faute lourde est définie comme le manquement à l'obligation essentielle du contrat. Plusieurs décisions des juridictions françaises ont considéré qu'il y avait faute lourde lorsque le débiteur manquait à son obligation essentielle¹⁶⁰. Une clause limitative de réparation doit ainsi être écartée si elle est contraire à l'obligation fondamentale du contrat¹⁶¹. Aussi, la notion d'obligation fondamentale n'est au fond qu'une application particulière de la théorie de la cause.

Outre les raisons particulières concernant la nullité du contrat pour vices de consentement ou pour des raisons liées à l'objet ou à la cause, que nous avons précédemment étudiées, à propos desquelles il est difficile de trouver des compromis entre droits nationaux, la mise en échec d'une clause peut avoir des multiples raisons d'origine économique, juridique ou morale rendant aussi difficile d'envisager ce compromis¹⁶². Par ailleurs, l'exclusion de la validité de la clause limitative de responsabilité de la réglementation matérielle de l'AUDCG est corrélative à l'exclusion de la validité du contrat lui-même. En effet, la nullité d'une clause peut conduire à détruire l'ensemble du contrat du moment que cette clause avait une place importante dans l'équilibre contractuel¹⁶³.

La conclusion qui s'impose et qui réunit l'accord des auteurs¹⁶⁴ est que la validité de toute clause, comme nous venons de le voir à travers les législations du Mali et du Sénégal, y compris la clause limitative de responsabilité est régie par la loi applicable au contrat. Les termes de l'article 237 de l'AUDCG sont suffisamment clairs pour fonder cette solution en ce sens qu'il dispose que « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ». La validité des clauses limitatives de responsabilité est alors régie par la loi nationale désignée par le mécanisme de la règle de conflit du

¹⁵⁹ Op.cit, note n°158.

¹⁶⁰ Cass.civ, 1ère, 2 décembre 1997, Bull.civ, I, n°349.

¹⁶¹ Arrêt Chrono-post, Cass.com, 22 octobre 1996, Bull.civ, IV, n°261.

¹⁶² B. Audit, « *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril* » 1980, LGDJ, 1990, n°36, p.31.

¹⁶³ M. Eid Rawach, « *La validité des clauses exonérations de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* », in: *Revue internationale de droit comparé*, vol.53, n°1, janvier-mars 2001, pp.141-157.

¹⁶⁴ P. Lagarde, « *Les clauses limitatives ou exonérations de responsabilité dans le droit international privé*, in *Les clauses limitatives de responsabilité ou exonérations de responsabilité en Europe* », LGDJ, 1990, n°4. p.20 ; B. Audit, « *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, LGDJ, 1990* », n°36, p.31.

for. La sanction pourrait être la nullité de la clause ou la nullité du contrat. L'applicabilité de la solution fournie par la loi désignée par la règle de conflit de loi du for serait en effet conditionnée par l'exigence de ne pas contredire l'esprit de l'AUDCG tel que prévu à l'article 237 ci-dessus cité¹⁶⁵.

Néanmoins, si l'AUDCG exclut expressément de son domaine la question de la validité du contrat et par ricochet la clause limitative de responsabilité, il serait exagéré d'affirmer qu'il renonce ainsi à ne jouer aucun rôle face à ces questions, de telle sorte que les solutions internes s'appliquent à une vente internationale comme à tout contrat interne¹⁶⁶.

Il convient d'analyser la notion de hardship ou d'imprévision dans le droit matériel de la vente commerciale OHADA et des droits nationaux des États membres du Traité OHADA.

b) L'exclusion de la clause d'imprévision ou de hardship dans la réglementation matérielle AUDCG

La règle générale dans les contrats internationaux est le respect du principe de la force obligatoire du contrat. Ceci est conforme au principe de droit international général, *pacta sunt servanda*, qui consacre l'intangibilité du contrat¹⁶⁷. En considération de tels principes, les parties sont tenues de respecter leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions relatives à la force majeure ou hardship¹⁶⁸. Cette dernière notion n'est pas prévue dans l'AUDCG. La CVIM qui a servi de modèle à l'AUDCG ne régit pas non plus la clause d'imprévision. Toutefois, l'AUDCG précise les cas dans lesquels l'inexécution est excusée, sans mentionner le changement de circonstances rendant l'exécution non pas impossible mais excessivement onéreuse. L'article 294 de l'AUDCG dispose qu' « *Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure* ».

Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut

¹⁶⁵ L'article 237 de l'AUDCG dispose que : « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ».

¹⁶⁶ M. Eid Rawach, « *La validité des clauses exonérations de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* », *Revue internationale de droit comparé*, vol.53, n°1, janvier-mars 2001, pp.141-157.

¹⁶⁷ P. Denis, « *Pacta Sunt servanda et Rebus Sic Stantibus* », dans *L'apport de la jurisprudence arbitrale commerciale*, Paris, Publication CCI, n°440/1, 1986, p.181 et s.

¹⁶⁸ Article 6.2.1 des Principes d'Unidroit « *Les professionnels du contrat international sont présumés accepter les risques ou aléas lorsqu'ils concluent leur contrat* ».

raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ». Mais rien n'interdit aux contractants situés dans des pays différents de l'espace OHADA ou engagés dans une relation de longue durée, de recourir à la notion de hardship dans le cadre de leur relation¹⁶⁹. L'acceptation de cette clause devrait être appréciée à la lumière des droits nationaux par le mécanisme des conflits de lois.

Avant d'étudier la clause d'imprévision dans les différents systèmes juridiques qui composent l'espace OHADA, il conviendrait de distinguer « *force majeure* » et « *imprévision* » à travers l'expression « *empêchement* ».

Un empêchement peut être considéré comme un fait ou un événement rendant impossible tel ou tel acte. C'est la raison pour laquelle nous estimons que l'article 294 de l'AUDCG recouvre la notion de « *force majeure* » et non celle d'« *imprévision* » ou de « *hardship* ». En outre, l'article 294 de l'AUDCG prévoit l'exonération du débiteur victime d'un tel empêchement, alors qu'en cas de hardship la sanction est généralement la renégociation ou l'adaptation du contrat¹⁷⁰.

La plupart des systèmes juridiques et des instruments juridiques internationaux établissent d'ailleurs une distinction entre la force majeure, d'une part, qui rend impossible l'exécution du contrat, et le bouleversement de l'économie contractuelle, d'autre part, qui ne suppose pas une impossibilité d'exécution, mais une distorsion substantielle des prestations¹⁷¹.

La force majeure suppose, comme pour l'imprévision (hardship), la survenance de circonstances imprévisibles et inévitables. Elle s'applique en cas d'impossibilité d'exécution tandis que l'imprévision peut trouver application en cas de déséquilibre des prestations qui aggravent les charges d'une des parties¹⁷². La force majeure libère définitivement ou temporairement le contractant de ses obligations tandis que l'imprévision tend généralement à la révision ou renégociation du contrat¹⁷³.

Il n'y a dans l'AUDCG aucun texte qui permette de fonder expressément la révision du contrat pour

¹⁶⁹E. S. Darankoum, « *La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA: analyses et rédaction des clauses* », Penant, n° 853, 01/10/2005, spéc. p.511.

¹⁷⁰D. Philippe, « *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale* », Revue droit des contrats, 01 juillet 2011, n°3, p.963.

¹⁷¹J. Carbonnier, « *Les obligations* », vol.IV, PUF, 21 éd. 1998, n°144, p.270. Voir également, P.-H Antonmattei, « *Contribution à l'étude de la force majeure* », LGDJ, 1992, n°118, p.82; P. Voirin, « *De l'imprévision dans les rapports de droit privé* », Thèse Nancy, 1922, p.81-84.

¹⁷²Op.cit, note n°170.

¹⁷³B. F.-Cosson, « *Le changement de circonstances* », Revue des contrats, 01 janvier 2004, n°1, p.67.

imprévision. S'agit-il d'une exclusion délibérée, liant les États signataires de l'AUDCG, ou bien d'une lacune de sorte que la révision pour imprévision pourrait être réintroduite par l'application subsidiaire du droit national applicable¹⁷⁴ ? L'interprétation que nous faisons, conclut à l'hypothèse de la lacune au motif, d'une part que les travaux préparatoires ou notes explicatives de l'AUDCG ne révèlent aucune discussion sur le sujet, et d'autre part que l'article 294¹⁷⁵ qui traite de la force majeure n'a pas admis le mécanisme correcteur de la révision pour imprévision. En conséquence, une révision judiciaire est admise, par le biais du droit national applicable au contrat.

L'absence de réglementation de la clause de hardship contractuelle dans l'AUDCG notamment dans ses dispositions relatives à la vente commerciale constitue une lacune dont la solution découlera du mécanisme du conflit de lois ou des principes généraux dont il s'inspire. La loi nationale devra donc définir l'ensemble des conditions de l'imprévision et les limites, s'il y en a, de l'adaptation que le juge sera conduit à réaliser conformément aux dispositions de l'article 237 de l'AUDCG. La sanction sera la nullité de la clause.

B Les questions implicitement exclues de la réglementation matérielle AUDCG

De nombreuses questions sont hors AUDCG. C'est le cas tout d'abord de l'action directe dans les chaînes de contrat. Un vendeur A demeurant ou ayant son siège à Dakar (Sénégal) vend ses marchandises à un acheteur B, demeurant au Gabon. Ce dernier revend la marchandise à un acheteur gabonais. Des litiges peuvent opposer l'acquéreur final gabonais au vendeur originaire sénégalais. Dans ces conditions, l'acquéreur final peut-il agir directement contre le vendeur sénégalais ? Cette action qu'on appelle action directe est-elle régie par le droit matériel AUDCG ?

Ensuite, la fin du contrat de vente commerciale peut laisser à la charge des parties des obligations qui ne relèvent pas obligatoirement de la loi du contrat. C'est le cas de l'obligation de restitution.

Il convient d'examiner l'admission de l'action directe dans l'AUDCG (1) avant d'analyser l'obligation de restitution (2).

¹⁷⁴ D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », Mélanges à la mémoire d'A. Sayag, 1997, p.403 et s., spéc. p.404.

¹⁷⁵ L'article 294 AUDCG dispose que « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ».

1. L'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur originaire dans la réglementation matérielle AUDCG

Pendant plusieurs décennies, ni la jurisprudence¹⁷⁶ ni la doctrine¹⁷⁷ ne se sont intéressées au rôle de l'action directe en matière de relations contractuelles en droit international privé. Ce n'est qu'en 1995 que les auteurs ont fini par prendre conscience de cette nouvelle problématique en mettant l'accent sur la notion de groupes et de chaînes de contrat¹⁷⁸.

L'AUDCG ne définit pas la notion d'action directe. Il convient donc de la définir. Nous définirons l'action directe à travers la doctrine française. En effet pour un auteur, dans le cadre d'une chaîne de contrats, l'action directe « *confère au créancier (sous-acquéreur) un droit propre mais dont le contenu est calqué sur le contrat initial de la chaîne qui a été conclu entre le débiteur direct (vendeur intermédiaire) et le tiers débiteur (vendeur initial)* »¹⁷⁹. Grâce à son caractère dérivé, l'action directe est ainsi génératrice d'une extension du contrat initial de la chaîne envers le titulaire de l'action¹⁸⁰. C'est sur le fondement de cette extension du lien contractuel, opérée par l'action directe en droit interne, que son rôle dans une chaîne internationale de contrats doit avant tout être apprécié.

Après avoir défini et décrit ainsi le mécanisme de l'action directe contractuelle en droit interne, reste à savoir dans quels cas de figures cette extension du contrat initial de la chaîne envers le sous-acquéreur est mise en œuvre dans l'AUDCG.

Nous examinerons l'admission et la qualification de l'action directe dans la réglementation AUDCG (a) avant de nous pencher sur sa réception dans certains droits nationaux des États membres de

¹⁷⁶Cass. 1ère civ., 9 octobre 1979, arrêt Lomborghini, Bull.civ., n°241, p.192.

¹⁷⁷Ch. Jamin, « *La notion d'action directe* », LGDJ 1991, n°3, p.5 ; F. Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI 1995, p.267 et s., F. Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse Rennes, 1995; voir également V. Heuzé, *art. préc.* JDI, 1996, p. 243 et s., spé. p. 244 (« [...] ces actions [directes] ont pour objet d'étendre au demandeur le bénéfice d'une obligation contractée envers un tiers par le défendeur [...] »).

¹⁷⁸F. Leclerc, « *Les chaînes de contrats en droit international privé* », JDI 1995, p.267 et s., F. Leborgne, « *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats* », Thèse Rennes, 1995 ; J. Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrat* », Rev. Critique de droit international privé 2000, p.331.

¹⁷⁹J. Bauerreis, « *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrat* », Rev. Critique de droit international privé 2000, p.331.

¹⁸⁰L'idée de l'extension du lien contractuel n'est pas inconnue en doctrine : comp. G. Viney, « *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats* », Mélanges Dominique Holleaux, Litec 1990, p. 399 et s., spé. p. 422 (« *élargissement de l'effet relatif aux dimensions de la chaîne de contrats* »).

l'OHADA (b).

a) L'admission et la qualification de l'action directe dans la réglementation matérielle AUDCG

L'article 234, alinéa 1 de l'AUDCG dispose que : « *Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production* ». A la lecture de cet article, nous pouvons raisonnablement conclure que l'acheteur et le vendeur sont les deux parties au contrat. A notre avis, l'AUDCG dans ses dispositions relatives à la vente commerciale ne traite pas de l'action directe. En effet, en s'inspirant de la CVIM, nous pouvons dire que l'AUDCG s'applique « *aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales* » et « *régit exclusivement les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur* ».

A la lumière de l'article 234, alinéa 1 de l'AUDCG ci-dessus cité, il est radicalement impossible d'appliquer d'emblée l'AUDCG à cette action. Le sous-acquéreur n'est pas un acheteur au sens de l'article 234, alinéa 1 de l'AUDCG. En outre, il n'y a pas de vente au sens de l'AUDCG entre les deux contractants extrêmes du groupe de contrats¹⁸¹.

Les remèdes prévus par l'AUDCG en cas de défaut de conformité le sont au profit de l'acheteur et non au profit de sous-acquéreur¹⁸². L'AUDCG régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur¹⁸³. L'AUDCG ne régit pas les relations juridiques entre le vendeur initial et tous ceux qui acquièrent successivement la chose vendue. Néanmoins, un sous-acquéreur gabonais peut-il agir sur le plan contractuel contre le vendeur originaire sénégalais, conformément aux dispositions de l'article 237 de l'AUDCG? Le vendeur originaire peut-il opposer à l'acquéreur final les clauses limitatives de garanties prévues à l'article 260 de l'AUDCG grâce aux règles de droit international privé? Pour ce faire, il faut d'une part, que le juge saisi qualifie l'action directe de contractuelle. Telle sera la qualification retenue

¹⁸¹Voir en ce sens L. Leveneur, « *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 peut-elle s'appliquer en présence d'une chaîne de ventes ?* », note sous arrêt, 1ère civ., 5 janv.1990, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°22, 3 juin 1999, p.962.

¹⁸²C. Witz, « *CVIM interprétations et questions non couvertes* », RDAI, n°3/4, 2001, p.266.

¹⁸³L'article 250 de l'AUDCG dispose que « *Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et au présent Livre, à livrer les marchandises et à remettre, s'il y a lieu, les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison.*

Il est tenu, en outre, de s'assurer de la conformité des marchandises à la commande et d'accorder sa garantie ».

sans ambages dans les systèmes juridiques qui connaissent cette action¹⁸⁴. D'autre part, que le droit régissant le contrat original accueille cette action : il est indispensable, en effet, que la loi régissant le contrat initial accepte qu'un tiers acquéreur puisse ainsi interférer dans le contrat, sous peine de déformation de cette loi¹⁸⁵. C'est de cette loi que peut résulter l'action directe¹⁸⁶.

Ainsi, si le contrat initial (entre le vendeur intermédiaire et le sous-acquéreur) est régi par le droit sénégalais qui n'admet pas qu'un sous-acquéreur puisse exercer une action directe de nature contractuelle contre le fabricant, l'action directe ne pourra pas prospérer. Quid si le contrat initial est régi par le droit gabonais, lequel accueille cette action directe, alors que le Gabon est parti à l'AUDCG.

Deux types de réponse sont possibles.

L'AUDCG attaché au principe de l'effet relatif des conventions s'opposerait à ce que les droits à l'encontre du vendeur aient deux séries de titulaires, l'acquéreur immédiat et le sous-acquéreur ; l'AUDCG ne saurait régir l'action de celui-ci contre le vendeur initial. L'AUDCG apporterait ainsi un coup de grâce à l'action directe¹⁸⁷. Il permettrait ainsi de concilier les règles de fond et les règles de compétence juridictionnelle¹⁸⁸. Faute de jurisprudence de la CCJA en la matière, il ne sera pas inutile de rappeler qu'en matière de compétence juridictionnelle, dans l'arrêt Jakob Handte du 17 juin 1992, la CJCE a jugé que l'action directe ne relève pas de la matière contractuelle¹⁸⁹. C'est dans cette logique que la Cour de cassation française a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble qui avait fait régir par la CVIM l'action intentée par un sous-acquéreur français contre le fabricant américain sur le fondement d'une garantie contractuelle¹⁹⁰. Selon la haute juridiction française, la Convention de Vienne s'applique aux contrats internationaux de vente de marchandises et régit exclusivement les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. Peu importait, dès lors que le fabricant ait délivré une garantie à l'utilisateur, cela ne pouvait suffire pour emporter l'application de la CVIM.

L'AUDCG ne se prononce pas. La question ainsi soulevée est une question hors AUDCG. Ce n'est pas à dire qu'aucune action fondée sur la non conformité ne puisse être intentée par l'acheteur final

¹⁸⁴Op. cit note n°182.

¹⁸⁵Op.cit, note n° 182.

¹⁸⁶Op. cit, n°182.

¹⁸⁷Op.cit, note n° 181 et 182.

¹⁸⁸Op.cit, note n° 180.

¹⁸⁹CJCE, 17 juin 1992, affa. C-26/91: Rec. CJCE 1992, p.3967; JCP G, 1992, II, 21927, note. Christian Larroumet.

¹⁹⁰Cass. 1ère civ., 5, janv.1999, RTD com, 1999, p.789, obs. Bernard Bouloc.

contre le fabricant : à supposer que la première vente ait été soumise au droit national d'un État membre de l'OHADA (ce que l'AUDCG autorise)¹⁹¹, puisque tous les autres contrats sont intervenus sans aucun élément d'extranéité, on ne voit pas pourquoi le mécanisme de l'action directe prévu par cet État entre contractants extrêmes d'une chaîne translatrice de propriété ne pourrait pas être utilisé¹⁹². En outre, si les parties à la première vente internationale l'ont laissée sous l'empire de l'AUDCG, le droit de l'acheteur (sénégalais) de se prévaloir d'un défaut de conformité de la chose vendue (article 258 de l'AUDCG)¹⁹³ contre le vendeur originaire gabonais pourrait bien être considéré comme s'étant transmis, en tant qu'accessoire, aux sous-acquéreurs successifs de la chose¹⁹⁴. Dès lors, l'acheteur final sénégalais serait admis à exercer contre le vendeur initial gabonais une action fondée sur l'AUDCG, sans qu'il y ait violation des dispositions des articles 250¹⁹⁵ et 262¹⁹⁶. Il se contenterait d'exercer les droits que le contrat de vente a fait naître entre le vendeur initial et son acheteur direct, droits attachés à la chose et que lui a fait parvenir la chaîne de ventes.

Quel que soit l'ordre juridique envisagé, les controverses portant sur le domaine de la responsabilité contractuelle sont aisément compréhensibles.

Le principe de l'effet relatif plaide en faveur d'une interprétation stricte du domaine de la responsabilité contractuelle. Les principes d'interdiction de l'option et du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, empêchent d'ailleurs toute immixtion de la responsabilité contractuelle hors du domaine qui lui est réservé. La responsabilité d'un contractant envers un tiers est donc nécessairement délictuelle, même s'ils participent tous deux au même ensemble contractuel.

¹⁹¹L'article 237 de l'AUDCG dispose que « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ».

¹⁹²L. Leveneur, « *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 peut-elle s'appliquer en présence d'une chaîne de ventes ?* », La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n°22, 3 juin 1999, p.962.

¹⁹³L'article 258 de l'AUDCG dispose que « *Sous peine de déchéance pour l'acheteur du droit de s'en prévaloir, un défaut de conformité apparent le jour de la prise de livraison doit être dénoncé par l'acheteur au vendeur dans le mois qui suit la livraison* ».

¹⁹⁴Op.cit, note n°182.

¹⁹⁵ L'article 250 AUDCG dispose que « *Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et au présent Livre, à livrer les marchandises et à remettre, s'il y a lieu, les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison* ».

¹⁹⁶L'article 262 AUDCG dispose que « *L'acheteur s'oblige à payer le prix et à prendre livraison des marchandises* ».

b) La réception de l'action directe dans les législations des États membres de l'OHADA

La plupart des législations des États membres de l'OHADA prévoit en effet l'effet relatif des conventions. Elles écartent ainsi le principe de l'action directe dans les contrats nationaux.

L'article 78 du Régime Général des Obligations du Mali dispose que « *Les conventions n'obligent que les parties contractantes, elles ne nuisent pas aux tiers. Elles ne leur profitent que dans les cas prévus par les articles 79 et suivants* ». L'article 110 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose également que : « *Le contrat ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi.*

Cependant le contrat leur est opposable dans la mesure où il crée une situation juridique que les tiers ne peuvent méconnaître ».

Enfin, l'article 678 du code civil de la République de Guinée dispose que « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.*

Elles ne peuvent, en aucun cas, nuire aux tiers. Elles peuvent par contre, leur profiter dans les cas prévus, par exemple, par les articles 658 et 659 du présent code ».

Il résulte de la législation des trois États ci-dessus citée qu'elle reste attachée au principe de l'effet relatif des contrats. Ainsi même envisagée restrictivement, l'action directe semble être rejetée par les législations ci-dessus citées.

Les jurisprudences africaines n'ont pu combler les lacunes de leur législation en matière d'action directe contrairement à la France. Il a donc fallu se retourner vers les mêmes législations africaines afin de trouver des cas d'application de l'action directe.

L'action directe est admise en matière de cession de créances. L'article 679 du code civil guinéen dispose que « *Les créanciers peuvent cependant exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception toutefois de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne de ces derniers* ». Quant à l'article 240 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, il dispose que « *dans une obligation qui n'est pas encore exécutée, un tiers peut se substituer à l'une des parties par cession de créance ou de contrats, subrogation ou délégation* ». Enfin, l'article 163 du Régime Général des Obligations du Mali dispose que « *Le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur à moins que la cession ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'obligation* ».

De ce qui précède, la cession de créance transfère de plein droit au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée et, notamment, le titre exécutoire obtenu par le cédant à l'encontre du débiteur. En raison de ce qu'elle ne transfère au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, il s'ensuit que le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, sauf connexité avec la créance cédée.

La jurisprudence et la législation des États membres de l'OHADA ainsi que l'AUDCG plaident tous pour un rejet de l'action directe contractuelle. L'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire ne peut donc prospérer que sur le fondement de l'action délictuelle au nom du principe de l'effet relatif des contrats.

2. L'obligation de restitution

L'obligation de restitution n'a pas fait l'objet d'une définition légale tant dans les droits nationaux que dans l'AUDCG. Toutefois, le terme de restitution n'a échappé ni au législateur national¹⁹⁷ ni au législateur OHADA. En effet, l'obligation de restitution est prévue à l'article 233 de l'AUDCG qui dispose que « *Chaque partie est tenue de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée de ce contrat, soit par l'autre partie, soit par des tiers pour le compte de l'autre partie, et ce, sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties de son droit de rétention* »¹⁹⁸.

Aux termes de cet article, la restitution découle de l'annulation, de la résolution ou de la résiliation du contrat. Le régime de la restitution est imprécis dans l'AUDCG et dans les droits nationaux des États membres de l'OHADA. Tantôt elle constitue un élément dans la définition d'un contrat spécial, tantôt elle fait partie de l'une des obligations essentielles d'un contrat déterminé, tantôt elle est une conséquence de l'extinction d'un contrat¹⁹⁹.

Il en résulte que les questions constantes posées par les restitutions consécutives à la résolution d'un contrat ne cesseront sans doute pas à la lecture des dispositions de l'AUDCG précitées pour les raisons ci-après.

¹⁹⁷ L'article 91 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « *sauf dans le contrat à exécution successive, le contrat nul est réputé n'avoir jamais existé et les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu* ».

¹⁹⁸ L'article 233 de l'AUDCG dispose que : « *chaque partie est tenue de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée de ce contrat, soit par l'autre partie, soit par des tiers pour le compte de l'autre partie, et ce, sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties de son droit de rétention* ».

¹⁹⁹ Article 233 AUDCG, voir note n°198. Voir également en dans ce sens, l'article 62 Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUPOS: extinction du contrat de gage.

En cas de résolution du contrat, l'acheteur ayant entretenu le bien qui lui a été remis et qu'il restitue désormais au vendeur, peut-il demander indemnisation des frais ainsi engagés?

Outre la question de l'éventuelle indemnisation de l'acheteur par le vendeur pour les frais de conservation du bien, les restitutions suivant une résolution posent celle, plus lancinante encore, de l'indemnisation du vendeur par l'acheteur pour la dépréciation liée à l'usage de la chose durant le temps de sa possession par ce dernier.

Ces questions seront traitées selon les effets personnel et réel de la résolution du contrat entre les parties **(a)** puis selon la loi applicable à la restitution **(b)**.

a) Les effets personnel et réel de la résolution du contrat dans l'AUDCG

Nous étudierons successivement l'effet personnel de la résolution **(a.1)** puis l'effet réel de la résolution **(a.2)**.

a.1 L'effet personnel de la résolution du contrat dans l'AUDCG

La restitution n'opère pas seulement pour l'avenir. Les articles 156, 167 et 233 de l'AUDCG donnent un caractère rétroactif à la résolution, en ce sens qu'elle remet en cause les effets passés du contrat. Ils impliquent la restitution à chacune des parties de ce qu'elle a fourni ou payé. L'article 156 de l'AUDCG dispose que « *Si l'acquéreur est évincé partiellement, ou s'il découvre des charges qui n'étaient pas déclarées dans l'acte de vente, ou encore si le fonds de commerce est affecté de vices cachés ou défauts de conformité, il peut demander la résolution de la vente, mais seulement si la diminution de jouissance qu'il subit est d'une importance telle qu'il n'aurait pas acheté le fonds s'il en avait eu connaissance* ».

Il en résulte que l'effet personnel de l'anéantissement du contrat consiste dans l'obligation de restitution des prestations reçues par chacune des parties, d'une part. D'autre part, la résolution du contrat entraîne la restitution de la propriété reçue. Entre les parties, l'effet réel définit l'étendue de l'effet personnel de l'obligation de restitution.

S'agissant de l'effet personnel de l'obligation de restitution, elle s'exécute nécessairement par le versement d'une somme d'argent. L'obligation de restitution s'exécute également en nature. Dans ce dernier cas, elle n'est susceptible que de restitution en valeur. Il convient donc de distinguer l'obligation de restitution d'une somme d'argent de l'obligation de restitution en valeur.

La restitution de la prestation monétaire obéit au principe du nominalisme, donc sans considération de l'inflation. En cas de résolution du contrat, l'article 292 de l'AUDCG dispose que « *L'acheteur qui a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur qui a procédé à une revente peut*

demander des dommages et intérêts égaux à la différence entre le prix de l'achat de remplacement ou de la revente, ainsi que tous autres dommages et intérêts qui peuvent être dus ». Ce texte fixe un mode objectif d'évaluation du préjudice subi du fait du remplacement ou de la revente mais ne traite pas des avantages procurés par la prestation monétaire. Mais si l'on applique l'article 291 de l'AUDCG relatif aux intérêts et dommages-intérêts, les intérêts ne sont dus que dans la mesure où l'acheteur a été de mauvaise foi en payant le prix en retard. Or la résolution entraîne nécessairement la restitution de la somme perçue par le vendeur. En combinant l'article 292 et l'article 291 de l'AUDCG relatif aux intérêts moratoires, les intérêts sont donc dus, soit dès le paiement initial, soit à compter de la demande de résolution, mais sans attendre la décision du juge puis que l'article 291 alinéa 2 dispose que « *Les intérêts courent à compter de l'envoi de la mise en demeure adressée par le vendeur à l'acheteur par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen équivalent* ». Dans le même ordre d'idées, un auteur a soutenu que le paiement des intérêts s'impose aux parties dans les conditions suivantes : le vendeur tenu de restituer doit les intérêts sur le prix à compter du jugement ; l'acheteur tenu de restituer les marchandises doit également au vendeur l'équivalent de tout profit qu'il a tiré des marchandises ou d'une partie de celles-ci²⁰⁰. Toutefois, l'article 233 in fine de l'AUDCG atténue le paiement des intérêts en stipulant que « *sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties de son droit de rétention* ». En d'autre terme, les parties sont tenues de restituer ce qu'elles ont reçu rien que ce qu'elles ont reçu sans que l'une ou l'autre puisse demander un quelconque intérêt. Cette disposition rejoint la tendance actuelle de la jurisprudence française qui retient qu'en matière de restitution « *seules doivent être prises en considération les prestations fournies par chacune d'elles en exécution de ce contrat, sans avoir égard aux bénéfices tirés (...)* »²⁰¹. La CCJA ne s'est pas pour l'instant prononcée sur l'obligation de restitution de la prestation monétaire.

La prestation en nature n'est susceptible que de restitution en valeur. L'article 297 de l'AUDCG dispose que « *La partie qui a exécuté totalement ou partiellement ses obligations peut obtenir la restitution par l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat* ». En combinant l'article 233 de l'AUDCG et l'article 297, on en conclut que l'AUDCG met à la charge des parties une obligation de faire. Il en est ainsi de la mise à disposition d'un bien dans le cadre d'un bail commercial. L'obligation de restitution de ce bien s'accomplit en nature puisqu'elle n'est pas un effet

²⁰⁰F. M. Sawadogo, session de formation de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, ERSUMA, 18 au 22 décembre 2006, spéc. p. 139.

²⁰¹ Cass.1ère civ, 10 déc.2014, n°13-23.903, sté Carlinga c/M.X, Revue droit des contrats, 05 févr.2015, n°2, p.6, comm. S. Pellet.

de la résolution du contrat. Elle n'est que l'effet normal, ordinaire du contrat de bail commercial lui-même. La seule conséquence de la résolution du bail commercial réside dans la restitution de la jouissance du bien. Cette restitution ne se conçoit que par équivalent.

Toute la difficulté, pour le juge, consistera à évaluer les prestations en nature, d'où le recours fréquent à l'expertise²⁰².

En réalité, les restitutions en nature comme en valeur des prestations ne disparaissent pas forcément avec le contrat.

a.2 L'effet réel de la résolution du contrat dans l'AUDCG

Le contrat de vente commerciale est un contrat translatif de propriété et par conséquent son intérêt réside dans le transfert de propriété solo consensu ou contractu. Une fois le contrat translatif résolu et comme toute prestation, la propriété reçue doit être rendue comme le stipule l'article 233 de l'AUDCG. Par une sorte de symétrie avec son avènement, la résolution du contrat translatif produit lui aussi un effet réel. Entre les parties, cet effet réel définit l'étendue de l'effet personnel de la résolution du contrat, de l'obligation de restitution.

S'agissant de l'effet réel entre les parties, l'article 233 de l'AUDCG dispose que « *Chaque partie est tenue de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée de ce contrat, soit par l'autre partie* ». Il résulte de cet article que l'obligation de restitution pèse sur les parties. Mais cet article ne précise pas la nature des restitutions. Or, la restitution du bien s'exécute par principe en nature, par exception en valeur. Dans l'un et l'autre cas, le moment déterminant l'état et la valeur du bien dépend de la date de la conclusion ou de son inexécution pour la résolution du contrat.

Le bien doit être restitué, lorsqu'il est en nature, dans l'état où il se trouvait à ce moment déterminant.

Enfin, la restitution du bien, en nature ou par équivalent, soulève la question non résolue de la restitution de l'usus, du paiement d'une indemnité de jouissance par l'acquéreur. La jurisprudence de la CCJA n'est pas établie en la matière. Celle des juridictions nationales des États membres de l'OHADA sont lacunaires. Dans ces conditions, nous nous sommes tournés vers la jurisprudence française afin de trouver les solutions qu'elle nous propose. Les réponses de la Cour de cassation divergent. En cas de nullité, elle n'admet plus le versement d'une indemnité d'usage du bien²⁰³; en

²⁰²Pour une illustration détaillée, v Cass.3ème civ, 30 nov.2011, n°10-27.021: Bull.civ.III, n°204.

²⁰³Cass. ch. Mixte, 9 juill. 2004, n°02-16.302; Bull. Civ. ch. Mixte, n°2; JCP G 2004, I, 173, n°14 et s., obs. Y.M. Serinet.

cas de résolution, elle invoque la rétroactivité aussi bien pour refuser²⁰⁴ que pour allouer une indemnité de jouissance²⁰⁵.

Sous réserve de délimiter le contenu de l'obligation de restitution entre les parties, l'effet réel de la résolution du contrat se produit de façon imprécise dans les textes de l'AUDCG.

b) La détermination de la loi applicable à la restitution du prix à la suite de la résolution d'une vente commerciale internationale de marchandises

Lorsque la résolution du contrat est acquise et l'acheteur sollicite le remboursement du solde du prix de vente, nous pouvons nous interroger sur la loi applicable à l'obligation de restitution.

L'AUDCG prévoit en son article 297 relatif aux effets de la résolution que la partie qui a exécuté le contrat totalement ou partiellement peut réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat. Quant à l'article 300 alinéa 1 concernant l'obligation de restitution pesant sur le vendeur, il dispose que « *Si le vendeur est tenu de restituer le prix, il doit payer des intérêts sur son montant à compter du jour où il a reçu le paiement (...)* ». Ce texte indique seulement que le vendeur doit payer des intérêts sur le montant du prix à compter du jour du paiement, le lieu du paiement ne faisant pas l'objet de dispositions particulières.

Aux termes de l'article 237 de l'AUDCG, il convient pour son interprétation de tenir compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. Les questions concernant les matières régies par l'AUDCG et qui ne sont pas expressément tranchées par lui doivent être réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. Il convient donc de rechercher si la question du lieu de la restitution du prix par le vendeur, après résolution de la vente, peut être réglée selon les principes généraux dont s'inspire l'AUDCG.

L'AUDCG prévoit, en son article 266, que si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix en un autre lieu particulier, il doit payer le vendeur à l'établissement de celui-ci ou, si le paiement doit être fait contre la remise des marchandises ou des documents, au lieu de cette remise.

Nous ne pouvons considérer que ces stipulations découlent d'un principe général sur le lieu de paiement, étant observé que la qualité du vendeur se cumule avec celle de créancier du prix, de

²⁰⁴Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2010, n°08-14.009, D.

²⁰⁵V. statuant sur la dépréciation liée à l'utilisation, Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2006, n°02-19.236: Bull. Civ. I, n°165; RDC 2006, p.1140, obs. P. Brun.

sorte que l'obligation de payer, en l'absence de stipulation particulière, à l'établissement de ce dernier, peut correspondre aussi bien au principe d'un paiement au domicile du vendeur qu'à celui d'un paiement au domicile du créancier.

Trois cas de figure peuvent se présenter : soit le contrat n'est pas soumis à l'AUDCG, puisqu'il est par définition supplétif de volonté, soit les deux parties ne résident pas dans l'espace OHADA ou soit les parties résident dans l'espace OHADA.

Si les parties n'ont pas décidé de la loi applicable ou ne résident pas dans l'espace OHADA, il conviendrait en conséquence de se référer à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé. Selon l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels, à défaut de loi déclarée applicable par les parties, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande.

Le même raisonnement mène à l'application de la loi du vendeur en application du Règlement Rome I du 17 juin 2008 relatif au droit applicable en matière contractuelle. Ce Règlement désigne, en l'absence de loi applicable désignée par les parties, la loi du débiteur de la prestation de la prestation caractéristique.

Ainsi si les parties n'ont pas convenu de la loi applicable au contrat la commande ayant été reçue par le vendeur, la loi du vendeur est applicable à la restitution du prix²⁰⁶. Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle ou dans lequel il possède un établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue par le vendeur ou par son représentant.

Si les parties résident dans l'espace OHADA, l'obligation est soumise à l'AUDCG. En effet, l'AUDCG, droit matériel régit les droits et obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur.

En conclusion, l'idée que l'adoption de l'AUDCG permet de supprimer les conflits de lois²⁰⁷ n'est que partiellement vraie puisque l'article 237 de l'AUDCG prévoit le renvoi au droit commun pour les questions qu'il ne traite pas. Il en résulte que les dispositions non régies par l'AUDCG donneront lieu à une pluralité de règles, parfois contradictoires entre elles, qui rendent difficiles la prévisibilité du droit applicable.

²⁰⁶Pour une application de la détermination de la loi applicable à la restitution du prix à la suite d'une résolution de la vente internationale de marchandises, Voir arrêt C.A Paris, 1ère Ch. D, 14 janv. 1998. Rec. Dalloz, 1998, p. 288.

²⁰⁷M. Boulmin, G.B.-Cordonnier, K. Medjad, « *L'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc* », JDI, 2, 1994, spéc. p.387.

II L'imprévisibilité des règles de conflit de lois en raison de l'absence d'harmonisation du droit international privé des États parties

Nous avons étudié supra les différentes questions qui sont hors réglementation uniforme AUDCG. Il s'agit des lacunes externes qui couvrent le domaine de la capacité, des clauses d'imprévision, de l'action directe, de la preuve ainsi que l'obligation de restitution. Pour désigner la loi applicable, il faut recourir à la règle de conflit de lois du for. Force est de constater que les règles de conflits de lois ne désignent pas la même loi applicable. Nous démontrerons ci-après que la loi applicable désignée par la règle de conflit du for varie selon qu'il s'agisse des droits indisponibles (A) ou des droits disponibles (B).

A L'imprévisibilité de la loi applicable en matière de droits indisponibles

Nous déterminerons ci-après la loi applicable aux personnes physiques commerçantes, acteurs incontournables de l'activité commerciale dans l'espace OHADA (1) puis aux personnes morales (2).

1. La loi applicable aux personnes physiques et au secteur informel

Il conviendrait d'examiner successivement la loi applicable aux personnes physiques (1.1) et la loi applicable au secteur informel (1.2).

1.1 La loi applicable aux personnes physiques commerçantes

La capacité, quoiqu'elle soit indiscutablement une condition de fond du contrat de vente commerciale, échappe en principe à l'application de la loi du contrat²⁰⁸. Pour apprécier la capacité des acteurs du commerce, l'AUDCG reprend la distinction mineur émancipé et mineur non émancipé²⁰⁹. En cela, il pose un principe, mais renvoie aux droits nationaux le soin de déterminer l'âge du mineur non émancipé et de celui émancipé. La capacité d'être commerçant ne se confond pas avec celle de faire des actes de commerce²¹⁰.

On peut en effet être capable de faire un acte de commerce isolé et incapable d'exercer une profession commerciale. Ainsi, les vendeuses de pagnes aux marchés de Sandaga (Sénégal) et du

²⁰⁸JurisClasseur « Droit international », M. Santa-Croce, Fasc.552 -60 Contrats internationaux. -Domaine de la loi du contrat.- Conclusion et existence - Validité au fond - Forme et preuve – Sanctions, 01 mars 2008.

²⁰⁹L'article 7, alinéa 1 de l'AUDCG dispose que « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ».

²¹⁰Jurisclasseur « Droit international » Fasc. 560 droit commercial.

Dabanani (Mali) échappent à toute réglementation nationale et uniforme quand bien même l'AUDCG a introduit la notion d'entrepreneur. Dans ce secteur informel, le plus souvent, ce sont les jeunes filles (-18 ans) qui tiennent les étals. Bien que le nouvel AUDCG a simplifié les démarches administratives, aucune de ces entrepreneuses n'est déclarée. Cet état de fait est dû à l'illettrisme des populations africaines et notamment des femmes (70 à 80% sont analphabètes).

L'AUDCG tout en excluant de son domaine la capacité des parties, appréhende partiellement cette question puisqu'il la rattache à la loi du territoire sur lequel se trouvent les parties²¹¹. La capacité à être commerçant est donc régie par la loi nationale. Les droits nationaux des États membres de l'OHADA distinguent deux catégories de mineurs : les mineurs émancipés et les mineurs non émancipés en référence au droit français des incapacités²¹².

L'âge de la majorité varie dans l'espace OHADA en fonction des situations juridiques envisagées et des pays. L'article 276, alinéa 1er du code de la famille du Sénégal dispose que : « *Est mineure la personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis* ». Tandis que l'article 554 du code des personnes et de la famille du Burkina Faso dispose que : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de vingt ans accomplis* ». Cette disparité de législations peut poser des problèmes juridiques dans la mesure où ces personnes peuvent être mineures par exemple au Burkina Faso et peuvent ne pas l'être au Sénégal. Dans la mesure où il s'agit d'étrangers faisant du commerce au Sénégal, la règle de l'incapacité va subir une double limitation :

1° les étrangers qui seraient capables d'être commerçants selon la loi sénégalaise ne peuvent opposer l'incapacité résultant de leur loi nationale à ceux de leurs co-contractants qui ont pu ignorer de bonne foi cette incapacité et seraient lésés par elle.

2° Il peut être admis que l'ordre public sénégalais s'oppose à ce que des personnes manifestement incapables d'exercer le commerce selon la loi sénégalaise - par exemple des mineurs de - 18 ans- soient reconnues capables de l'exercer au Sénégal en raison de leur loi nationale.

²¹¹Livre I, Titre I, chap II, article 6 de l'AUDCG dispose que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ».

²¹²Voir G. Ripert et R. Roblot. : « *Traité de droit commercial* », Paris, L.G.D.J, T.1, 16 éd. 1996.

Dans une telle hypothèse le juge sénégalais appliquera les dispositions de son ordre public qui interdiraient au mineur d'exercer le commerce. Ainsi on écartera complètement la loi étrangère et on appliquera à la capacité des commerçants la loi du lieu du domicile commercial²¹³.

En revanche, l'article 32 de la loi gabonaise sur le droit international privé dispose que : « *L'état et la capacité des individus sont soumis à leurs lois nationales. Peuvent néanmoins être régis par la loi gabonaise, les nationaux des États étrangers qui y ont leur domicile depuis plus de cinq ans* ». L'article 203 du même texte fixe la majorité à 18 ans en ce sens qu'il dispose que « *L'homme, avant dix-huit ans révolus, la femme, avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* ».

L'âge de la majorité est fixé à 21 ans en Guinée Conakry. L'article 399 du code civil dispose que : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis* ». Quant à l'article 9, alinéa 2 du code civil guinéen (Conakry), il dispose que « *les lois guinéennes concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Guinéens, même résidant en pays étrangers* ».

Dans une situation purement interne, les deux juges, gabonais et guinéen appliqueront leur propre loi interne pour combler la lacune de l'AUDCG. Cette situation devient internationale dès lors qu'un gabonais contracte avec un guinéen. La question de la capacité se posera selon que le guinéen saisisse son propre juge pour déterminer la capacité du gabonais à exercer le commerce. Il y a conflit de lois. En effet, on se pose la question s'il faut apprécier la capacité selon la loi guinéenne du juge saisi ou suivant la loi personnelle du cocontractant (gabonais). Nous proposons un raisonnement conflictuel à deux temps:

1° Le juge guinéen appliquera le droit guinéen relatif à la capacité. Dans ce cas, il déclarera le gabonais inapte à exercer l'activité commerciale. Le revers de ce raisonnement est que le gabonais pourrait être déclaré apte à exercer le commerce si le juge saisi était gabonais lequel appliquerait son propre droit. Il en résulterait un péril qui suppose que la loi gabonaise régisse la capacité du commerçant gabonais que la loi guinéenne de son domicile réglerait aussi. Alors, le contrat serait valable au Gabon et nul en Guinée-Conakry. Il en résulterait que notre contrat serait simultanément et indivisiblement valable et nul. Cette impossible conjonction va scandaliser les internationalistes d'autant que la question concerne l'état de la personne.

2° Le juge guinéen, en revanche, peut reconnaître le caractère international du litige et le conflit qui en résulte. Il appliquera les règles de droit international privé guinéennes pour déterminer la loi applicable à la capacité. D'après l'article 9, alinéa 3 du code civil guinéen, « *Les Lois étrangères*

²¹³Travaux Comité fr. DIP, 1935, p. 132.

concernant l'État et la capacité des personnes régissent les étrangers résidents en Guinée dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'ordre public guinéen ». Le juge guinéen appliquera la loi gabonaise. En effet, l'article 203 du code civil gabonais fixe la majorité à 18 ans.

Ainsi, le gabonais sera déclaré apte à exercer le commerce en Guinée, comme cela aurait été le cas si le juge saisi était gabonais. Cette solution paraît pertinente²¹⁴.

Il résulte de la disposition de l'article 9, alinéa 2 du code civil guinéen qu'il s'agit d'une règle de conflit bilatérale. En effet, unilatéral dans son énoncé en ce qu'il dispose que « *L'état et la capacité des guinéens sont régis par la loi guinéenne* », l'article 9 est transformé en une règle de conflit bilatérale qui peut se lire « *L'état et la capacité des personnes sont régies par leur loi nationale* ». Le juge gabonais adoptera le même raisonnement et appliquera la loi guinéenne. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 32 du code civil gabonais dispose que : « *Peuvent néanmoins être régis par la loi gabonaise, les nationaux des États étrangers qui y ont leur domicile depuis plus de cinq ans* ». Il résulte de cet alinéa que si l'étranger a son domicile au Gabon depuis plus de cinq ans, il sera soumis à la loi gabonaise. Cette disposition retient le critère du domicile en matière de statut personnel et par conséquent la capacité. La loi gabonaise rejoint sur ce point le critère des pays anglo-saxons du domicile.

Comme on le voit, la capacité comme la minorité qui est une composante de la première ne sont pas définies par l'AUDCG pourtant vocable qu'il emploie surabondamment dans le Livre I, Titre VIII de l'AUDCG. La règle de conflit en matière de capacité est le plus souvent bilatéral. Il conduit à l'application de la loi de la nationalité de la personne physique ou la loi du lieu de son domicile.

Il convient de souligner que la plupart de ces personnes physiques évoluent dans le secteur informel, domaine partiellement régi par l'AUDCG. Ce pendant, la législation comporte des lacunes.

1.2 Les lacunes de l'AUDCG relatives au secteur informel

Le Traité de Port Louis définit clairement les objectifs principaux de l'OHADA que sont l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de "*règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies*", l'amélioration du climat d'investissement, le soutien à l'intégration économique africaine, l'institution d'une communauté économique africaine.

²¹⁴M. Fallon « *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européennes* », RCADI, tome 253, 1995, p.9.

Malgré ces objectifs louables, il n'en demeure pas moins vrai que le droit OHADA souffre d'une faiblesse congénitale. En effet, s'il est expressément fait mention dans le Traité que la prise en compte de la situation économique des Etats membres est un objectif de l'OHADA, les Actes uniformes élaborés n'ont jamais véritablement tenu compte des réalités socio économiques des Etats Africains. Or, comme l'affirme Montesquieu dans son ouvrage *"De l'Esprit des lois"*, *"une bonne loi doit découler de la nature des choses"*.

Le secteur informel permet à de nombreuses populations africaines au nord comme au sud du continent africain de subsister voire de survivre. Il était donc logique qu'un Acte uniforme régie ce secteur.

Après un long silence du législateur OHADA, la prise de conscience s'est opérée par la révision de l'AUDCG adopté le 15 décembre 2010 et entré en vigueur le 15 mai 2011. En effet, c'est à cette occasion qu'est né le statut de l'entrepreneur, dispositif fortement inspiré du statut de l'autoentrepreneur en droit français instauré par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Ce nouveau statut a été prévu initialement par le législateur OHADA comme un instrument simplifié de création d'entreprise, limitant au maximum les formalités administratives et les coûts des opérations afin de faciliter le passage des opérateurs du secteur informel vers le secteur formel et de limiter par là même progressivement la taille des circuits économiques dit de survie.

Plus de cinq ans après l'entrée en vigueur du texte instituant le statut de l'entrepreneur, des lacunes demeurent. Elles tiennent essentiellement à la loi applicable (**1.2.a**) et à la juridiction compétente s'agissant d'un litige entre un entrepreneur et un tiers, commerçant ou non commerçant (**1.2.b**).

1.2.a. La loi applicable aux rapports entre entrepreneurs et non entrepreneurs

Une lecture attentive des dispositions de l'AUDCG impose de constater que le législateur OHADA a renvoyé aux droits nationaux de régir certains aspects du secteur informel.

En effet, l'article 30, alinéa 1er de l'AUDCG dispose que *"L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte Uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole"*. Il en résulte que l'entrepreneur est nécessairement une personne physique, dotée de la capacité juridique. Il est tenu à une obligation de déclaration de son activité. Cette exigence ressort également de l'article 1er, alinéa 3 de l'AUDCG qui dispose qu' *"En outre, tout commerçant ou tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires au présent Acte Uniforme, qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe son établissement ou son siège social"*.

Les textes consacrent donc l'attractivité du statut de l'entrepreneur. Toutefois, tous les entrepreneurs ne déclarent pas leur activité au RCCM.

Il existe donc dans l'espace OHADA, deux sortes d'entrepreneurs: ceux qui sont régis par l'AUDCG et ceux qui ne sont pas régis par le droit uniforme. Cette dualité d'entrepreneurs conduit indubitablement à s'interroger sur la loi applicable aux obligations contractuelles découlant du rapport entre un entrepreneur déclaré et un autre non déclaré.

En effet, un entrepreneur déclaré au RCCM est soumis à l'AUDCG tandis que celui non déclaré est soumis au droit commun de la responsabilité civile. L'entrepreneur non déclaré n'est enregistré ni au répertoire national des métiers ni immatriculé au registre du commerce local.

En cas de litige entre les deux, le juge national doit-il appliquer l'AUDCG ou son droit national?

Le juge national est tenu d'appliquer son propre droit national à la situation litigieuse dans la mesure où le conflit oppose un entrepreneur déclaré et un autre non déclaré. En effet, l'article 1er alinéa 3 de l'AUDCG dispose que *".....tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires au présent Acte Uniforme, qui sont applicables dans l'État partie où se situe son établissement ou son siège social "*. L'application du droit national peut être justifiée dans la mesure où l'article 33 de l'AUDCG dispose que : *" Les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes.*

Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ".

Ensuite, il résulte de l'article 30, alinéa 7 de l'AUDCG que *" Chaque État partie fixe les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales".*

Il résulte de cette disposition, un risque majeur de faire perdre au statut de l'entrepreneur son attractivité. En effet, chaque Etat partie ayant la possibilité d'imposer arbitrairement des obligations complémentaires à l'entrepreneur en fonction de la nature de l'activité qu'il exerce, il en résulte un risque considérable de perte d'unité du statut, voire un risque que ce statut n'entre jamais véritablement en vigueur dans certains pays de la zone OHADA.

L'imprécision de l'AUDCG du régime juridique du contentieux relatif à l'entrepreneur que nous avons exposée ci-dessus a nécessairement une influence sur la détermination de la juridiction compétente.

1.2.b. Les règles applicables aux contentieux impliquant un entreprenant et un non entreprenant

Après avoir étudié les difficultés relatives à la loi applicable, il convient donc de savoir quelle est la juridiction compétente pour connaître d'un différend impliquant un entreprenant dans l'exercice de son activité et un non entreprenant. Dans le silence de la réglementation uniforme, il est donc nécessaire de faire une application distributive des règles à la fois prévues par l'AUDCG ainsi que par les législations nationales des Etats parties.

Traditionnellement, la nature de l'acte et le statut de la personne poursuivie sont les éléments principaux fondant la compétence d'une juridiction. En effet, c'est la qualité du défendeur qui permet de déterminer le tribunal compétent de manière générale, si le défendeur a une qualité civile, le caractère civil de l'acte l'emporte et il sera nécessairement assigné devant le tribunal compétent pour connaître des actes civils. A l'inverse, lorsque le défendeur est un commerçant le choix est laissé à la partie civile entre d'une part la possibilité de poursuivre le commerçant devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil à sa convenance. Les règles générales régissant la matière ayant été exposées, il s'agit de voir si une transposition à l'entreprenant est possible. Une telle question s'avère toutefois délicate et complexe. Tout d'abord comme cela a été démontré, l'entreprenant est fondamentalement différent du commerçant. En effet s'il est possible pour l'entreprenant d'exercer une activité commerciale, il peut aussi exercer une activité artisanale ou agricole qui relève alors du domaine civil. Si l'entreprenant exerce une activité commerciale, il est possible de suivre la règle générale édictée ci-dessus mais toutes les fois que l'entreprenant exerce une activité artisanale ou agricole, il exerce en réalité une activité civile imposant d'être traduit devant les juridictions civiles.

En omettant d'apporter une réponse à cette question, le législateur OHADA a clairement laissé un vide que la CCJA serait bien inspirée de combler. En effet, il aurait été utile d'avoir une précision du législateur OHADA sur la compétence matérielle en cas de litige impliquant un entreprenant dans un but de simplification et d'unité du statut. Toutefois en attendant les premières décisions jurisprudentielles, la solution adéquate semble être celle qui consiste à suivre les dispositions précitées communément admises pour le statut du commerçant. Cette thèse trouve d'autant plus d'écho du fait que les règles applicables à l'entreprenant en matière de preuve, de prescription ou de bail à usage professionnel sont identiques à celles applicables au commerçant.

Il convient, par ailleurs, de soulever les difficultés relatives aux acteurs du commerce informel non encore repertoriés ou encore qui n'ont pas déclaré leur activité.

En premier lieu, dans les relations entre entrepreneurs non déclarés, il est évident que l'AUDCG ne trouvera pas à s'appliquer. En effet pour que l'AUDCG s'applique, il faut au moins qu'une des parties soit déclarée. Or tel n'est pas le cas. Dans ces conditions, il conviendrait de recourir au droit national pour déterminer le droit applicable et par conséquent la juridiction compétente.

En second lieu, le litige peut opposer un entrepreneur et un non entrepreneur. L'AUDCG trouvera à s'appliquer conformément à l'article 33 précité. Mais lorsque les parties résident dans le même pays, le juge saisi aura tendance à appliquer ses règles de compétence juridictionnelle pour déterminer le tribunal compétent.

L'entrepreneur n'étant ni un commerçant ni un civil, doit-il bénéficier d'un privilège de juridiction? En droit interne des Etats membre de l'OHADA, les actes mixtes relèvent de la juridiction civile ou commerciale. Il convient, en conséquence, de privilégier, la juridiction civile comme compétente pour juger les actes entre entrepreneurs et non entrepreneurs ou entre entrepreneurs et commerçants, si le demandeur est civil. En effet, ce dernier a le choix entre le juge civil et le juge consulaire.

En l'absence de solutions prévues par le droit OHADA, nous invoquerions le recours à l'arbitrage comme mode résolution des conflits possible pour les entrepreneurs. En effet, cette solution est envisageable dans la mesure où le recours à l'arbitrage est prévu conformément au protocole du Traité OHADA. Toutefois, les frais importants engagés dans l'arbitrage pourraient dissuader les entrepreneurs à y recourir.

Enfin, rien n'interdit aux entrepreneurs de recourir à des modes alternatifs de règlement de conflit, comme la conciliation ou encore à la médiation qui semble parfaitement adaptée à l'état d'esprit des acteurs du secteur informel.

2° La capacité des personnes morales

S'agissant des personnes morales, leur capacité s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de traiter leur capacité de jouissance ou leur capacité d'exercice. La capacité de jouissance dépend de la loi nationale de la personne morale, car « *(sa) personnalité juridique n'existe que dans la mesure où (sa) loi nationale l'a créée* »²¹⁵. Cette capacité est déterminée dans l'espace OHADA par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, ci-après AUSC-GIE et par l'AUDCG.

Les sociétés ne jouissent de la personnalité morale dans l'espace OHADA qu'à compter de leur immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM).

Pour obtenir cette immatriculation, il faut d'abord signer les statuts ; c'est ce qui ressort de l'article 10 de l'AUSC-GIE qui dispose que « *Les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme* » tandis que l'article 11 dispose que « *Lorsque les statuts sont rédigés par acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises par les textes en vigueur* ». La rédaction des statuts est donc un préalable à la constitution de la société.

Une fois ces démarches accomplies, la société acquiert la personnalité morale, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer.

La capacité d'exercice, celle qui détermine les règles de décision et de représentation, est soumise à la loi qui régit les statuts, à savoir la loi nationale du groupement²¹⁶.

Cette disposition est reprise par l'article 121 de l'AUSC-GIE selon lequel « *A l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers* ». De ce qui précède, la lettre de change peut être souscrite pour le compte d'une société commerciale par un de ses organes ci-dessus énoncés ; ce qui fait intervenir certaines règles propres au droit des sociétés.

²¹⁵R. Roblot, « *Une tentative d'unification mondiale du droit : le projet de la CNUDCI pour la création d'une lettre de change internationale. Études offertes à Jean Vincent* » : Dalloz 1981, p. 361.

²¹⁶CA Paris, 28 juin 1996 : Dr. sociétés 1996, comm. n° 207, note Bonneau.

Qu'elle s'exprime dans le droit formel issu de l'AUDCG ou dans le droit des sociétés, (AUSC-GIE), la sécurité des transactions conduit à réserver une place croissante à l'apparence.

Il est fréquent que le président ou le gérant d'une société, organe de la personne morale, délègue son pouvoir à un agent de la société de signer des traites émises au nom et pour le compte de celle-ci.

Une difficulté peut surgir lorsque le représentant est dénié par le prétendu mandant, soit que le représentant a agi sans pouvoir, soit qu'il a dépassé les pouvoirs qui lui avaient été conférés.

L'article 183.al 2 de l'AUDCG dispose que « *Lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, ses actes ne lient ni le représenté ni le tiers visé à l'article 169 ci-dessus* ». Il en résulte que le représentant qui outrepassé ses pouvoirs doit être tenu personnellement pour le tout. Toutefois, l'article 183.al.2 de l'AUDCG atténue la portée de la responsabilité du mandataire en consacrant la théorie de l'apparence en ces termes :

« (...), lorsque le comportement du représenté conduit ce tiers à croire, raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, ce dernier ne peut se prévaloir à l'égard dudit tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire ».

Qu'en est-il lorsqu'il y a tirage par l'organe d'une société commerciale ? Il n'y a pas à proprement parler tirage par mandataire lorsque l'organe d'une personne morale (gérant, président, etc...) tire une traite pour le compte de celle-ci, parce que l'organe est une personne physique qui exprime la volonté de la personne morale dans la vie juridique²¹⁷. L'organe signe sous la dénomination sociale ; il engage alors la personne morale sans s'obliger personnellement. Les articles 121 et 122 de l'AUSC-GIE prévoient que les dirigeants ont tout pouvoir pour engager la société et même pour les actes ne relevant pas de l'objet social à moins que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer. Dès lors le dépassement de pouvoir conduit à combiner les règles du droit cambiaire et celles de la *lex societatis*. Pour apprécier l'engagement de la société, il importe de distinguer, en principe, suivant que l'organe a excédé les pouvoirs qui lui étaient confiés par les statuts, ou par la *lex societatis*²¹⁸. Chaque forme sociale ayant son propre mode d'organisation

²¹⁷ R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey 1975, p.104., spéc. n°112.

²¹⁸ L'article 121 de l'AUSC-GIE dispose qu' « *A l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers* ». Quant à l'article 122, il dispose que « *La société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* ».

laissant plus ou moins place à la liberté statutaire, il est incontestable que la *lex societatis* qui a vocation à régir la forme de la société, détermine aussi par voie de conséquence la structure et le régime des organes de celle-ci. L'existence, la composition et les attributions de ces organes doivent donc être déduites de la loi de l'État où se situe le siège social. Pour la sécurité des transactions, les articles 121 et 122 in fine de l'AUSC-GIE ont clairement précisé que les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux sont inopposables aux tiers. La société est donc obligée pour le tout si son gérant ou président a signé, sans y être autorisé, une lettre de change pour laquelle, en raison de son montant par exemple, les statuts exigeaient l'autorisation des associés ou du conseil d'administration.

Qu'en est-il de la jurisprudence en matière de pouvoirs d'organes de la société ? Les jurisprudences nationales en matière de droit OHADA sont fluctuantes et contradictoires en la matière comme l'attestent les décisions ci-après :

Le Tribunal Régional hors classe de Dakar a jugé qu' « *Aux termes de l'article 121 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, les organes de gestion et d'administration ont tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial ; le pouvoir de représentation du président n'est pas exclusif comme en dispose l'article 121; par conséquent, le fait que le pouvoir soit signé par une tierce personne qui a reçu régulièrement mandat ne porte nullement grief aux disants en l'espèce* »²¹⁹.

Les faits de l'espèce ayant donné lieu à cette décision se résument ainsi : une société a donné pouvoir à son représentant légal, en l'espèce son directeur général, lequel a, à son tour, délégué son pouvoir au directeur logistique aux fins de signer un acte de saisie immobilière. Ce pouvoir a été contesté par les dirigeants de la société saisie, qui ont saisi le Tribunal aux fins de prononcer la nullité de la saisie pour défaut de pouvoir.

Le Tribunal régional hors classe de Dakar a, sur le fondement de l'article 121 de l'AUSC-GIE, rejeté les prétentions de la demanderesse au motif que le fait qu'une tierce personne autre que le Président ou Directeur Général ait signé un acte et qui avait régulièrement reçu mandat ne porte nullement grief aux « *disants* » en l'espèce.

Telle n'a, toutefois, pas été la solution rendue par la Cour d'appel d'Abidjan en date du 26 juillet 2002²²⁰. Les faits de l'espèce ne concernaient pas le pouvoir de tirer une traite mais le pouvoir

²¹⁹Tribunal régional hors classe de Dakar audience éventuelle, jugement n° 1832 du 7 décembre 1999, Ibrahima Diallo et Mariama Kasso Diallo contre la société Mobil Oil Sénégal, Ohadata J-04-25.

²²⁰Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 967 du 26/07/2002; BIAO c/SNS Agnibilekro SDA et Nouhad Wahad Rachid Hendi.,

d'ester en justice du directeur du risque au nom et pour le compte de la BIAO-CI en lieu et place du Président Directeur Général ou du Directeur Général. Les dirigeants de la BIAO-CI ont été condamnés en première instance. Ils ont relevé appel de cette décision. En appel, les intimés ont soulevé comme moyen de nullité ou d'irrecevabilité de l'appel le défaut de qualité du directeur du risque et du crédit en ce qu'il n'a pas qualité pour ester en justice au nom et pour le compte de la société BIAO-CI, laquelle est une société anonyme, conformément aux dispositions des articles 465 et 487 de l'AUSC-GIE.

C'est à bon droit que la Cour d'appel d'Abidjan a légalement justifié sa décision en se fondant sur les articles 465 et 487 de l'AUSC-GIE qui régissent les pouvoirs des organes de la société anonyme en ces termes « *Le Président Directeur Général ou le Directeur Général, assure la direction générale de la société anonyme et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers* » pour déclarer irrecevable l'appel interjeté par le directeur du risque et du crédit au nom de la BIAO-CI.

Les deux décisions paraissent contradictoires. La décision du Tribunal régional hors classe de Dakar vise de manière générale les organes de direction et d'administration, tandis que celle de la Cour d'appel d'Abidjan vise les pouvoirs des représentants de la société anonyme. La première décision est critiquable en ce sens que le directeur logistique n'est pas un organe de direction de la société anonyme. En outre, les articles 465 et 487 précisent clairement, en ce qui concerne la société anonyme, que seuls le Président Directeur Général et le Directeur Général sont habilités à représenter la société dans sa relation avec les tiers. En conséquence, ni le directeur du risque ni le directeur logistique ne peuvent valablement ester au nom de la S.A BIAO-CI.

Par ailleurs, la dimension internationale des actes accomplis n'est pas toujours perçue par les parties ou, pour le moins, la possibilité que plusieurs lois étatiques s'appliquent à un même rapport juridique surprend souvent ces mêmes parties. Il en est ainsi lorsqu'une traite a été souscrite pour le compte d'une société de droit étranger par un de ses dirigeants, en vertu d'un pouvoir reçu par décision collective des associés ou du conseil d'administration. La société peut-elle se fonder sur les dispositions du droit commun des contrats pour demander la nullité de la traite?

Dans une espèce similaire, la Cour de cassation française a jugé, par un arrêt en date du 8 décembre 1998, que « *L'appréciation des pouvoirs du dirigeant qui souscrit un engagement de caution au nom d'une société relève de la loi dont dépend la société, c'est-à-dire de la loi du siège* »²²¹. Il en

Ohadata. J-03-26.

²²¹Cass. 1ère civ., 8 déc. 1998, n°1872P, Sté Général accident c/BNP et autres; note M. Menjucq, Bulletin Joly sociétés, 01 av. 1999, n°4, p.458.

résulte que les pouvoirs du dirigeant d'une société sont appréciés au regard de la *lex societatis* et non de la *lex contractus*. Les rédacteurs de l'AUSC-GIE ont retenu la *lex societatis* pour apprécier les pouvoirs du dirigeant. En effet, l'article 1 alinéa 3 de l'AUSC-GIE dispose qu' « *En outre, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique demeurent soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme qui sont applicables dans l'État partie où se situe leur siège social* », tandis que l'article 121, quant à lui dispose qu' « *À l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers* ».

Pour y parvenir, nous avons établi le syllogisme suivant :

- majeure : l'appréciation des pouvoirs du dirigeant d'une société dépend de la *lex societatis* ;
- mineure : la société a son siège dans un État membre de l'OHADA (Sénégal) ;
- conclusion : la loi applicable aux dirigeants de cette société est la loi de l'OHADA ; l'AUSC-GIE.

Toutefois, dans la pratique du droit des sociétés, il peut arriver que le siège social statutaire, c'est-à-dire le siège social désigné dans les statuts, soit différent du siège social réel de la société. Dans une telle situation, les rédacteurs de l'AUSC-GIE ont précisé à l'article 26 que « (...) *le siège statutaire ne leur (tiers) est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu* ». Le tiers concerné, le plus souvent un créancier, exerce donc ce choix en considération de ses intérêts.

Cette disposition a eu l'assentiment de la jurisprudence aussi bien civile qu'administrative française, notamment par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, aux termes duquel, elle a jugé que « *Lorsque le siège social fixé dans les statuts ne correspond pas à celui où la société a son centre d'activités juridiques, il est fictif, et les tiers ont, dès lors, le choix dans leurs relations juridiques avec la société entre la prise en compte du siège statutaire et celle du siège réel* »²²².

En revanche, la société, d'après l'article 26 précité, ne dispose pas du même choix. Elle ne peut se prévaloir de son siège statutaire si son siège réel est établi en un autre lieu et si les tiers concernés entendent s'en prévaloir. La société ne peut donc priver les tiers du droit d'option que leur offre l'article 26.

Enfin, l'article 10 de l'AUSC-GIE prévoit que les statuts peuvent être établis par acte notarié. On

²²² CAA Paris, 2ème ch., 2 juill. 1991, SA « *Romantic Music Corporation* », Bulletin Joly Sociétés, 01 oct.1991, n°10, p.956.

pourrait solliciter le notaire afin d'établir la teneur de l'AUSC-GIE et par conséquent la loi autorisant le mandataire social à agir. Le notaire de l'espace OHADA doit en outre assurer son homologue étranger de l'existence de la société. Pour ce faire, s'il est saisi par son homologue étranger, il doit lui livrer un véritable certificat du mandataire social.

Comme on le voit, la *lex societatis* joue un rôle important dans la sécurité et la circulation de la lettre de change à côté de la loi applicable aux obligations cambiales. La détermination de la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de la société est appréciée selon la *lex societatis* qui a trouvé son autonomie par rapport à la loi nationale de la société.

B L'imprévisibilité de la loi applicable en matière de droits disponibles

C'est le droit international privé de la juridiction saisie qui détermine la loi étatique applicable au litige. Ce sont donc les règles de droit international qui permettent à la fois de déterminer la juridiction compétente (1) et la loi applicable (2).

1) La détermination de la juridiction compétente

Nous avons relevé supra que l'action directe est méconnue de certaines législations africaines de l'espace OHADA tels que la Guinée, le Mali et le Sénégal. D'autres législations pourraient recevoir l'action directe en tant qu'accessoire du contrat principal. L'absence d'harmonisation pose problème car cela crée de l'insécurité juridique, en fonction du for choisi. Il conviendrait alors d'étudier les deux hypothèses de détermination de la compétence juridictionnelle : extra-contractuelle et contractuelle.

Sur le plan interne, dans les pays africains de tradition civiliste, le principe est que le défendeur est attiré devant le tribunal du lieu de son domicile. Il en est ainsi de l'article 24 du code de procédure civile commerciale et sociale du Mali qui dispose que « *La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur* ». L'article 34 du code de procédure civile du Sénégal dispose « *En matière personnelle ou mobilière, le défendeur est assigné devant le tribunal de son domicile, s'il n'a pas de domicile devant le tribunal de sa résidence* ».

Il en résulte que si l'action directe est dirigée contre un défendeur domicilié hors du territoire malien, sénégalais, elle relèvera du droit commun de la compétence internationale. Le défendeur sera assigné devant son propre tribunal.

Toutefois, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, les articles 28 et 34, alinéa 3 du code de procédure civile commerciale et sociale du Mali et du code de procédure civile du Sénégal disposent que « *La demande en réparation du dommage causé par un délit ou une contravention*

sera portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ». L'objectif principal de ces deux textes est de donner compétence à un tribunal ayant des liens étroits avec l'affaire. Mais au-delà des questions relatives à la détermination du tribunal compétent, qui est celui du lieu du fait dommageable, il existe une réelle difficulté qui tient à la définition même de la notion de « *matière délictuelle* » pour l'application des règles de compétence. La difficulté première des articles 28 et 34, alinéa 2 du code de procédure civile malien et sénégalais, tient à la définition même de la matière délictuelle. La qualification de ce qui relève de la matière délictuelle varie très sensiblement d'un ordre juridique à un autre. Y compris lorsque l'on se situe dans la sphère du droit matériel AUDCG. Ainsi par exemple la rupture des pourparlers pré-contractuels, l'action directe relève, dans certains États membres de l'OHADA (Mali, Guinée, Sénégal), de la qualification délictuelle, tandis que dans d'autres elle reçoit une qualification contractuelle.

Toutes ces divergences rendent difficile l'application cohérente des textes adoptés par l'OHADA dans un objectif d'harmonisation ou d'uniformisation des règles de droit.

2. La loi applicable aux droits disponibles

Avant d'étudier la loi applicable aux contrats internationaux dans les systèmes juridiques africains, il convient de mettre l'accent sur le principe d'autonomie.

En droit international privé, il est généralement admis que les questions relatives au consentement des parties; spécialement celles de son existence et de ses vices; sont soumises à la loi du contrat²²³. La soumission des vices du consentement à la loi du contrat se comprend aisément. En effet, les vices du consentement ne concernent pas la personne comme telle, en ce qu'ils ne sont pas définis en raison des caractères d'une personne : l'erreur, la violence, ou le dol tiennent d'abord aux circonstances de l'acte, tandis que la minorité ou la démence sont des caractères permanents de la personne²²⁴. Les lois sur les vices du consentement visent donc à obtenir des contrats corrects quelle que soit la personne qui les passe. A cet égard, ils sont soumis à la loi du contrat²²⁵. La compétence de la loi du contrat pour les conditions relatives au consentement est aussi retenue par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et par le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats de l'OHADA.

²²³P. Mayer, V. Heuzé, « *Droit international privé* », 11^e éd. L.G.D.J., 2014, p.546, spéc. 775.

²²⁴H. Batiffol, « *Droit international privé* », Tome II, LGDJ, 1971, p. 247, spéc. n° 596.

²²⁵Op cit, note n°124.

Le problème du choix de la loi applicable à un contrat international a été en grande partie résolu dans certains pays africains par les tribunaux, d'une part et d'autre part, par la loi²²⁶ avant de l'être par l'AUDCG dont les dispositions stipulent qu'il est supplétif de volonté. C'est ainsi que le système de droit international privé du Niger désigne que la vente est régie par la « *loi interne du pays désigné par les parties* ». Il consacre ainsi le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux.

L'absence de loi applicable au contrat dans l'espace OHADA est source d'imprévisibilité pour les contractants en raison de l'absence d'une règle de droit international privé commune et de la diversité du système de conflit de lois. La diversité du système de conflit de lois dans l'espace OHADA n'amène pas à une solution cohérente à cause des critères de rattachement retenus. Les critères de rattachement d'un contrat à une loi sont divers : il peut s'agir notamment de la nationalité des parties, du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique, du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat²²⁷.

Le droit international privé du Niger prévoit qu'à défaut de choix express ou implicite, la vente est régie par la « *loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle* ». Cette solution du système de conflit du Niger résulte de l'adhésion de ce pays à la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. En pratique, la Convention de La Haye conduit donc généralement à l'application de la loi du vendeur, qu'il s'agisse d'une vente entre commerçants ou d'une transaction conclue avec un consommateur. Il convient de rappeler que les systèmes de droit international privé du Bénin et du Burkina Faso prévoient qu'en l'absence de droit applicable, il sera fait application de la loi avec laquelle le contrat en cause présente les liens les plus étroits²²⁸.

Quant au droit international du Gabon, il a retenu le critère du lieu de conclusion pour désigner la loi applicable à défaut de choix express ou implicite. L'article 55 alinéa 2 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972 dispose que « *Faute par les contractants d'y avoir exprimé clairement leur volonté, les contrats sont soumis à la loi du lieu de leur conclusion, à l'exception des contrats relatifs à la constitution ou à la transmission d'un droit réel sur un meuble ou d'un immeuble, lesquels demeurent soumis à la loi du lieu de la situation du bien* ». Par ce raisonnement, le juge gabonais appliquera la loi du lieu de conclusion du contrat. Pourtant, l'application de la loi du lieu de

²²⁶ Loi guinéenne n°51-62 du. 14 avril 1962, Loi de la République Centrafricaine du 3 juin 1965 et Loi gabonaise du 29 juillet 1972 portant adoption de la première partie du code civil, J.O 20 déc.1972.

²²⁷ P. Mayer et V. Heuzé, « *Droit international privé* », 10ème éd. Montchrestien, 2010, p.558, n°726.

²²⁸ Voir p.30 de la présente.

conclusion du contrat s'inscrit à contre-courant du principe universellement consacré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 et de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels. En effet, l'article 4 § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ci-dessus cité retient le critère de la loi nationale de la résidence habituelle du vendeur. Tandis que l'article l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 dispose qu' « *A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement* ». Ces deux Conventions de droit international privé désignent la loi du vendeur à défaut de choix de loi.

Il résulte des exemples mis en exergue que la mise en œuvre des règles de conflit de lois dans l'espace OHADA aboutit à des solutions incertaines alors qu'en matière contractuelle la prévisibilité est capitale. Il convient dès lors d'adopter un acte uniforme relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles dans l'espace OHADA.

SECTION II : LES SOLUTIONS PRECONISEES

Pour développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes et des marchandises est assurée, il est souhaitable que l'OHADA adopte des mesures dans le domaine de la loi applicable et de la coopération judiciaire en matière civile qui sont nécessaires à l'objectif de sécurité juridique et judiciaire qu'il s'est fixé.

L'adoption de ces mesures s'explique par le fait qu'il existe des différences entre les règles nationales des États membres de l'OHADA en matière de compétence judiciaire qui rendront plus difficile la prévisibilité de la loi applicable. En conséquence, il est indispensable d'adopter un Acte uniforme permettant d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale. Tous les internationalistes reconnaissent l'importance des règles harmonisées dans la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle pour les décisions en matière civile et commerciale. A cet égard, les spécialistes du droit international privé membres du comité des experts du droit OHADA devront proposer des mesures d'harmonisation des règles de conflits de lois pour les obligations contractuelles afin de tenir compte de l'objectif de sécurité juridique et judiciaire dont s'est fixé le Traité OHADA. L'Acte uniforme qui en découlera concernera la loi applicable aux obligations contractuelles. Le Traité OHADA en fera un instrument uniforme qui contribuera à son objectif général qu'est la sécurité juridique dans l'espace OHADA (**paragraphe I**).

La prévisibilité de la loi applicable dans l'espace OHADA découle également de l'adoption des principes Unidroit d'inspiration universelle. Le recours aux Principes d'Unidroit comme source d'inspiration de l'AUDCG offre une garantie de sécurité juridique pour les transactions commerciales, à travers des règles instituant en Afrique un droit prévisible pour les investisseurs étrangers. Ils modernisent en outre le droit des contrats hérité du législateur colonial encore applicable dans la plupart des États de l'OHADA(**paragraphe II**).

Paragraphe I L'unification du DIP dans l'espace OHADA

Les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité dans l'espace OHADA. Nous avons démontré supra²²⁹ que le droit international privé des États membres de l'OHADA n'était pas unifié. L'exemple de la règle de conflit du Gabon est révélateur de cette diversité et de l'imprévisibilité de solutions. En effet, en l'absence de choix de loi, la règle de conflit du Gabon conduit à l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat. Tandis que la règle de conflit du Burkina Faso désigne, à défaut de choix de loi, la loi du lieu de résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique. Un auteur a relevé à juste titre qu'il y a divergence entre les critères de rattachements objectifs dans ces deux États membres de l'OHADA²³⁰. Le lieu de conclusion du contrat ne correspond pas nécessairement à celui de la résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique.

En conséquence, la diversité des règles de conflit dans l'espace OHADA aboutit à des résultats hypothétiques et imprévisibles alors que son objectif est d'instaurer un espace uniformisé et sécurisé. Elle aboutirait également au forum shopping. Il conviendrait d'adopter un Acte uniforme relatif à la loi applicable par référence au Règlement de Rome I. Le futur Acte uniforme relatif à la loi applicable s'appliquera aux matières civiles et commerciales (I), aux obligations contractuelles (II) et aux situations comportant un conflit de lois (III).

I Les matières civile et commerciale visées par le nouvel Acte uniforme

L'introduction d'une référence à la matière civile et commerciale ne constituera pas une nouveauté du nouvel Acte uniforme. Elle permettra ainsi un alignement du texte sur celui de l'AUDCG qui prévoyait simplement son application aux commerçants et non commerçants puisque l'article 16 de l'AUDCG dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Le nouvel Acte uniforme ne s'appliquera pas aux actions impliquant une autorité publique puisque l'article 143 de l'AUDCG relatif au bail commercial dispose que « *Les conditions fixées par l'Article 141 ci-dessus ne sont pas applicables: - à l'État; - aux collectivités locales; - aux établissements publics (...)* ».

Le critère déterminant pour identifier les frontières de la matière civile et commerciale concerne l'exercice de la puissance publique, plus que la nature de l'autorité. Nous rappellerons qu'à propos

²²⁹Voir notre étude sur l'imprévisibilité de la loi applicable en matière de droits disponibles, p.55.

²³⁰G. A. Ngoumtsa, « *Droit OHADA et conflit de lois* », LGDJ, 2013, p.375, spéc n°578.

de la Convention de Bruxelles, l'arrêt Eurocontrol précisait en effet que « *Si certaines décisions rendues dans des litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé, peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique* »²³¹. La définition de la matière civile et commerciale repose donc généralement sur le critère délimitant l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution dont bénéficient les États. L'article 30 de l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose que : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Toutefois, l'immunité de juridiction des États « *peut être, en revanche, exclue si le recours juridictionnel porte sur des actes accomplis jure gestionis, lesquels ne relèvent pas de la puissance publique* ».

La délimitation du domaine du nouvel Acte uniforme relatif à la loi applicable donnera inévitablement lieu à des difficultés de qualification à propos de certains contrats conclus par l'administration publique. Les contrats de travail conclus par une autorité publique, par exemple, portant sur des fonctions n'impliquant pas l'exercice de la puissance publique, relèvent de la matière civile et commerciale²³².

II Les obligations contractuelles visées par le nouvel Acte uniforme

S'agissant des obligations contractuelles, le nouvel Acte uniforme relatif à la loi applicable contiendra les règles de désignation de la loi applicable aux obligations contractuelles, par opposition aux obligations extra contractuelles définies par les lois nationales. Les obligations contractuelles feront l'objet d'une interprétation autonome, guidée par l'objectif d'harmonisation que s'est fixée le Traité OHADA.

S'agissant de la loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrat, la question est délicate car la variété des situations pouvant être considérées comme des chaînes de contrats est importante, d'autant que ces situations font l'objet d'appréciations divergentes en droit comparé africain. Certains États africains qualifient l'action directe d'extra-contractuelle tandis que d'autres la qualifient de contractuelle, alors même qu'elles opposent des parties qui ne se seraient jamais rencontrées. Dans l'attente d'arrêts interprétatifs de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ci-après CCJA, il est seulement possible de raisonner au départ sur le critère de base donné par chaque juridiction nationale.

Enfin s'agissant de la *culpa in contrahendo*, il conviendrait de retenir que les obligations découlant

²³¹ CJCE, 14 oct.1976, Eurocontrol, aff. 29/76, Rec.1541.

²³² CJUE 19 juill. 2012, Mahamdia, aff.,154/11, pt.42.

de tractations menées avant la conclusion du contrat seront exclues du domaine du nouvel Acte uniforme relatif à la loi applicable. Cette exclusion s'explique par le fait que la phase pré contractuelle est caractérisée par l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat.

III Les situations comportant un conflit de lois

L'objet du nouvel Acte uniforme portant sur la désignation de la loi applicable portera sur les situations présentant un conflit de lois. De telles situations se présentent lorsque les éléments de la situation, ou même un seul élément de la situation, se localisent dans différents États : les parties sont établies dans des États différents, l'exécution du contrat se localise en partie ou totalement à l'étranger, etc. Le conflit de lois naît alors du fait des liens objectifs présentés par la situation avec plusieurs États dont la législation pourrait par conséquent être naturellement appliquée. Le conflit de lois pourra également naître de la volonté des parties.

L'absence de cet Acte uniforme constitue l'une des lacunes du droit OHADA alors que toutes les conventions de droit matériel modernes ont toujours été accompagnées d'une convention d'unification de droit international privé²³³. Aussi, nous pouvons dire que l'AUDCG n'écarter pas la possibilité d'adopter un Acte uniforme relatif à la loi applicable. Ce dernier s'appliquerait lorsque la situation présente un élément d'extranéité. De ce seul fait, il y a complémentarité entre l'AUDCG, droit matériel de la vente commerciale et l'Acte uniforme relatif à la loi applicable.

Paragraphe II Le recours à la soft law

Par rapport aux instruments d'uniformisation du droit des contrats plus récents (Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Principes du droit européen du contrat, Projets de cadre commun de référence), l'AUDCG se caractérise par l'absence de règles spécifiques appelées à régir l'imprévision, encore dénommées clauses d'imprévision ou de hardship et à régir les conditions de validité des contrats. L'AUDCG comme son prédécesseur la CVIM présente, en ces domaines, une lacune appelée à être comblée. L'AUDCG ne prévoit pas le recours à un principe général pour combler la lacune. Il renvoie tout simplement à l'article 237 de l'AUDCG qui dispose que « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». Il convient dès lors de s'inspirer de l'article 7, alinéa 2 de la CVIM qui dispose que « *Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément*

²³³ C'est le cas par exemple de la CVIM.

tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». La lacune de la clause d'imprévision est réglée à défaut d'un principe général, par le droit national applicable au contrat. Dès lors, il convient d'étudier la place des principes Unidroit dans l'AUDCG en tant que remèdes aux clauses d'imprévision (I) puis en tant que remèdes aux conditions de validité du contrat de vente commerciale (II).

I Les principes Unidroit applicables aux bouleversements des circonstances économiques

C'est à travers une expression anodine « *Bouleversement des circonstances* »²³⁴ que l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats entreprend d'introduire dans le système juridique OHADA la théorie de l'imprévision ou de *hardship*, jusqu'alors contestée²³⁵. Il ne s'agit donc pas, ici, de la force majeure qui fait l'objet d'autres dispositions dans l'avant-projet²³⁶. L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats s'inspire des Principes Unidroit. L'article 6/23 de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats définit les bouleversements économiques comme suit : « *Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué (...)* ». L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats oblige les parties de procéder à l'ouverture des négociations visant l'adaptation du contrat (mais sans permettre sa suspension pendant la phase des négociations)²³⁷. En l'absence de clauses de *hardship* dans l'AUDCG, les parties doivent donc, dans la mesure du possible, préciser les facteurs de mise en œuvre de la clause, les conditions de la

²³⁴ L'article 7/7 du projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats dispose que : « *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences* ».

²³⁵ E. S. Darankoum, « *La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution* », Revue de droit Uniforme, spé. p.239, 2008.

²³⁶ « *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences* ».

²³⁷ L'article 6/24 du projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats dispose que : « *1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations* ».

révision du contrat. A défaut, elles peuvent se référer au futur Acte uniforme relatif au droit des contrats. La clause de *hardship* oblige les parties à renégocier le contrat de bonne foi²³⁸.

L'avant-projet est loin de représenter un geste banal. En effet, selon un auteur, la société en Afrique est de type solidariste, le besoin de renégocier est une donnée à la fois sociologique et psychologique²³⁹. En outre, l'Europe comme l'Afrique restent à la merci des turbulences économiques. L'introduction de l'Euro en Europe a bouleversé les clauses financières des contrats en cours. En conséquence, l'Afrique Francophone a connu une dévaluation de sa monnaie. Ce qui nous fait dire que l'avant projet relatif au droit des contrats a intégré les réalités socio-économiques contemporaines. Ce faisant, les rédacteurs du projet d'Acte uniforme ont résumé la pensée du doyen Henri Capitant qui disait que : « *Le droit n'est pas une création arbitraire du législateur. Il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée. Il évolue (...)* »²⁴⁰.

La jurisprudence de la CCJA est pauvre en matière d'application des Principes Unidroit. Nous trouvons toutefois des cas d'application dans le cadre de la CVIM. La CCJA pourra s'en inspirer afin de fixer le cadre d'application des Principes Unidroit dans le domaine du commerce international; l'AUDCG s'étant largement inspiré de la CVIM.

Nous citerons l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique en date du 9 juin 2009²⁴¹. La décision a été rendue dans un litige opposant une entreprise néerlandaise à un vendeur français de tuyaux en acier, livrables en Belgique. Après la conclusion d'une série de contrats, le vendeur entendait réajuster le prix convenu au motif que le prix de l'acier aurait considérablement augmenté de manière imprévisible.

La Cour de cassation belge a jugé qu'un changement de circonstances, non raisonnablement prévisible lors de la conclusion du contrat et de nature à augmenter de manière certaine le poids de l'exécution du contrat de façon disproportionnée, peut constituer, selon les circonstances, un empêchement au sens de l'article 79 de la Convention. Puis la haute juridiction met en relief l'article 7, alinéas. 1 et 2, et raisonne en termes de lacune appelée à être comblée, selon l'article 7, alinéa. 2, par des principes généraux qui « *gouvernent le droit du commerce international* », pour conclure

²³⁸CA Paris, 28 sept. 1976 : JCP G 1976, II, 18810, note J. Robert.

²³⁹E.S. Darankoum, « *La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* » : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution, Revue de droit Uniforme, spé. p.239, 2008.

²⁴⁰H. Capitant, « *Introduction à l'étude du droit civil* », Pedone, Paris (1904), p.7.

²⁴¹Cass. Belgique, ch. néerlandophone, 19 juin 2009, traduction partielle en anglais, cisg.law.pace.edu ; résumé en anglais, Unilex ; pour une présentation synthétique en langue française, V. K. Szychowska, RDC (belge), 2009. 988 ; sur cet arrêt, V. aussi, en néerlandais, K. Cox, RW 2009-10, n° 18, p. 730 s.).

que « *selon ces principes, tels qu'incorporés entre autres dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la partie qui invoque un changement de circonstances perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel est en droit de réclamer la renégociation du contrat* »²⁴².

En consacrant ainsi l'obligation de renégocier le contrat au nom du principe de bonne foi, le projet d'Acte Uniforme relatif au droit des contrats est certainement annonciateur d'un assouplissement de la jurisprudence en droit interne des États membres de l'OHADA.

II L'application des Principes Unidroit aux conditions de validité des contrats commerciaux

L'AUDCG relatif à la vente commerciale est un droit spécial. Il ne prévoit pas toutes les conditions relatives à sa validité ni celles des clauses contractuelles. Les droits nationaux sont obsolètes. Les droits des contrats des États membres de l'OHADA sont anciens, datant de la période coloniale. Ils n'ont pas connu de réforme d'ensemble depuis 1960; ils se développent et s'adaptent essentiellement sous l'emprise d'interventions ponctuelles du législateur, et surtout par le truchement de la jurisprudence des cours suprêmes nationales respectives. Ils doivent donc être adaptés aux fonctions économiques qu'un contrat peut être appelé à remplir²⁴³.

Les Principes d'Unidroit sont extrêmement jeunes, ont déjà connu une modification sous forme de complément, et ont été conçus avant tout pour les contrats du commerce international²⁴⁴. Ils n'ont connu ni l'épreuve du temps ni celle d'une application systématique dans le cadre d'un système juridique. En outre, ils peuvent interpréter et compléter l'AUDCG comme les droits nationaux.

S'agissant des conditions de validité du contrat de vente commerciale, nous avons démontré qu'elles n'étaient pas visées dans l'AUDCG. A cet égard, on a pensé que les conditions de validité sont des lacunes externes de l'AUDCG. Pour résoudre ces lacunes, il faut nécessairement recourir aux droits nationaux par le mécanisme du conflit de lois. C'est ce que prévoit également la CVIM. Mais nous

²⁴²Pour plus de détails, voir Cl. Witz, « *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises* » janvier 2008-novembre 2009, Rec. Dalloz 2010. p.921.

²⁴³J.M. Jacquet « *Le droit français des contrats et les Principes d'Unidroit* », Rev.dr.unif., 2008, p.178 et s.

²⁴⁴Cf. parmi une littérature abondante, M.J. BONELL, « *The UNIDROIT Principles and Transnational Law* », Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. (2000), 199; C. Kessedjian, « *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international* », Revue critique de droit international privé (DIP) (1995), 671; Ph. KAH « *L'internationalisation de la vente* », in : Etudes A. Plantey, Pedone (1995), 297 s. J-P BERAUDO, « *Les Principes d'UNIDROIT relatifs au droit du commerce international* », JCP (1995), I,3242; J. HUET, « *Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT : une nouvelle lex mercatoria ?* », Petites affiches (1995), n° 135; P-M. Patocchi / X. Favre-bulle, « *Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* », Semaine juridique, Genève (1998), n° 34, 596.

pensons que nous pouvons recourir aux Principes Unidroit pour combler les lacunes relatives à la validité du contrat commercial. En effet, nous avons démontré supra²⁴⁵ que les vices du consentement sont généralement soumis à la loi du contrat dans la mesure où ils ne concernent pas la personne comme telle. C'est pourquoi les rédacteurs du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ont introduit les Principes d'Unidroit dans le corpus juridique africain afin de le mettre en conformité avec les normes du commerce international. Un plaideur peut invoquer le projet d'Acte uniforme inspiré des Principes d'Unidroit, notamment les dispositions telles que les vices du consentement, l'erreur pour demander la nullité relative du contrat. En effet, l'article 3/4 dispose que : « *L'erreur est une fausse croyance relative aux faits ou au droit existant au moment de la conclusion du contrat* ». Les Principes d'Unidroit ont donc introduit l'erreur dans le droit du commerce international, par emprunt aux principes du droit privé des contrats. Elle figure au nombre des vices du consentement qu'une partie de la doctrine érigea en principes généraux du droit applicables à la conclusion des traités²⁴⁶.

Le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats sanctionne également l'absence de cause dans le contrat par la nullité. En effet, l'article 3/1 de l'avant-projet dispose que « *Sont nuls tout contrat ou toute clause : a) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; b) contraires aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement* »²⁴⁷.

Ainsi, un plaideur peut valablement invoquer la disposition de l'article 3/1 du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats pour obtenir la nullité de l'engagement qui serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du pays où le contrat doit ou devra être exécuté.

Les principes d'Unidroit sont donc utiles dans des pays dont le système juridique n'est pas très développé, mais aussi dans tous ceux, fort développés, qui ne fournissent pas toujours une solution à la question posée, soit que les opinions sont divisées, soit que la question n'a pas encore été

²⁴⁵Voir nos développements, p.78 et s.

²⁴⁶ Affaire de la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, Belgique, Pays-Bas, arrêt du 20 juin 1959, C.I.J., n Recueil, p. 209 et s. Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906. Honduras, Nicaragua - arrêt du 18 novembre 1960, C.I.J., Recueil, p. 172 et s., v. p. 215. Affaire du Temple de Préah Vihear, Cambodge-Thaïlande, arrêt du 26 mai 1961 (exceptions préliminaires), C.I.J., Recueil, p. 17, v. p. 30 - arrêt du 15 juin 1962 (fond), v. p. 26. Parmi les commentaires qui accompagnent ces décisions il faut signaler dès maintenant l'étude de M. M. R. Saule sur l'arrêt du 20 juin 1959, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1959, p. 607 et s.

²⁴⁷L'article 3/1 du projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats dispose : « *Sont nuls tout contrat ou toute clause: a) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; b) contraires aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement*».

examinée²⁴⁸.

La référence aux principes d'Unidroit devrait offrir plus de prévisibilité aux parties. Ils s'étendent au droit international en tant que composante du droit interne, notamment à l'AUDCG pour les questions qui entrent dans son champ d'application.

²⁴⁸ Pour une application des Principes Unidroit voir B.F- Cosson, « *Les clauses types sur l'utilisation des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* », Rec. Dalloz, 2013. p.2037.

Conclusion du chapitre

L'AUDCG est un droit matériel qui s'applique aux matières qu'il régit. C'est pourquoi, certains auteurs ont affirmé qu'il supprimerait les conflits de lois en matière de vente commerciale. Toutefois, comme toute convention de droit matériel, l'AUDCG ne régleme nte pas tous les aspects juridiques de la vente commerciale. A cet égard, il contient des lacunes. Il convient en conséquence de recourir au droit international privé. Les matières qui sont exclues de la réglementation AUDCG, c'est-à-dire les lacunes externes ou encore les *lacunes intra legem* sont prioritairement réglées par le recours aux règles de droit international privé. Toutefois la diversité des règles de conflit de lois dans l'espace OHADA est source d'insécurité alors que le Traité OHADA a pour but de lutter contre l'insécurité juridique et judiciaire.

L'AUDCG autorise à titre subsidiaire d'appliquer les dispositions du droit national pour combler ses lacunes.

Le droit matériel AUDCG a donc besoin du droit international privé pour parachever son œuvre d'unification du droit dans l'espace OHADA.

CHAPITRE II CONFLITS DE LOIS ET LACUNES INTERNES DE L'AUDCG

Les lacunes internes ne sont pas définies expressément par l'AUDCG. Il convient de se référer à la définition donnée par la CVIM aux lacunes internes parce que l'AUDCG s'est largement inspiré de la CVIM. Sont dénommées lacunes internes celles visées par l'article 7, alinéa. 2 de la CVIM. Il s'agit de « *questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle* ». Les matières régies par l'AUDCG sont la formation et l'exécution du contrat tel qu'il résulte des articles 240, 241 à 250 et suivants de l'AUDCG. La formation du contrat passe d'abord par des pourparlers ainsi que par une offre. Dans les contrats internationaux, les contrats ne se concluent pas directement. Ils se négocient puis une partie émet une offre. Les pourparlers viennent se greffer sur une relation contractuelle existante qu'il s'agit alors de renégocier, de renouveler ou de rompre. Ils peuvent, surtout, déboucher sur la conclusion d'un accord définitif ou, au contraire, échouer.

Quant à l'offre, elle « *est la proposition ferme de conclure un contrat déterminé, à des conditions également déterminées* »²⁴⁹.

Dès lors que les pourparlers aboutissent ou que l'offre est ferme, le contrat se forme. A cet égard, nous considérons que les pourparlers sont des éléments indissociables de la formation du contrat commercial et donc soumis à l'AUDCG même s'il ne les vise pas expressément. C'est pourquoi, nous pensons que les pourparlers et l'offre constituent des lacunes internes de l'AUDCG.

Pour trouver une solution aux lacunes internes, l'article 7 alinéa. 2 de la CVIM prévoit que « *Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ». Tandis que l'article 237 de l'AUDCG dispose que « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ».

Le juge doit vérifier si un principe général qui sous-tend la CVIM et l'AUDCG permet de combler la lacune (**Section I**). Ce n'est que si cette recherche est restée infructueuse qu'il est appelé à mettre en œuvre la loi applicable désignée par les règles de conflits de lois. Mais l'absence d'uniformisation du droit international privé dans l'espace OHADA est un problème auquel il conviendrait de proposer une solution (**Section II**).

²⁴⁹J. Flour, J.L-Aubert, E., Savaux, « *Les obligations, l'acte juridique* », Armand Collin, 2002, spéc. n°132.

SECTION I I: LE TRAITEMENT DES LACUNES INTERNES PAR INTERPRETATION DE L'AUDCG

Les questions d'interprétation et de comblement des lacunes de l'AUDCG sont déterminantes pour sa sauvegarde. Tous les efforts en vue d'aboutir à un droit uniforme risquent d'être réduits à néant si les juges nationaux interprètent et appliquent l'AUDCG de manière divergente²⁵⁰. L'importance des articles 237 et 239 de l'AUDCG est à cet égard bien connue. Nous soulignons que ce sont ces deux dispositions de l'AUDCG dont dépend le plus son succès. L'article 237 de l'AUDCG dispose que: « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». L'article 239 de l'AUDCG dispose que « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée* ». Ces deux normes précisent les buts devant être atteints : l'uniformité de l'application de l'AUDCG, le respect de la bonne foi et des usages. Les articles 237 et 239 de l'AUDCG constituent désormais un modèle pour l'interprétation de l'AUDCG, invitent les juges et les arbitres, lorsqu'ils sont confrontés aux lacunes de l'AUDCG, à rechercher tout d'abord l'existence de la bonne foi (**Paragraphe I**) mais aussi des usages (**Paragraphe II**) d'où pourrait être dégagée la solution concrète au litige qui leur est soumis. Mais les articles 237 et 239 de l'AUDCG oublient les principes généraux dont fait référence l'article 7, alinéa. 2 de la CVIM. Il conviendrait dès lors d'intégrer les Principes Unidroit à la catégorie générale des principes généraux afin d'interpréter et de compléter l'AUDCG par référence à la CVIM. Ce sont les Principes mêmes qui, dans leur Préambule, envisagent entre plusieurs modalités d'utilisation²⁵¹, la possibilité d'être

²⁵⁰Pour une application de ce principe à la CVIM, voir Cl. Witz, « *CVIM : interprétation et questions non couvertes* », RDAI, n°3/4, 2001.spéc. p.254.

²⁵¹V. Préambule, alinéas 2, 3, 4 et 6: les Principes ont vocation à s'appliquer lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat ; ils peuvent s'appliquer si les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « *principes généraux du droit, la lex mercatoria ou d'autre formule similaire* », ils peuvent apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable ; ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux. La doctrine a cependant souligné qu'il y a d'autres modalités d'utilisation des Principes, comme par exemple l'aide dans la rédaction des contrats, v. J.-P. Beraudo, « *Les Principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international* », JCP, Ed. G., 1995, 3842 ; M.J. Bonell, préc., 177 ss.

mis en œuvre pour interpréter ou compléter d'autres instruments du droit international uniforme. Nous ne traiterons que de cette dernière modalité d'utilisation des Principes (**Paragraphe III**).

Paragraphe I Interprétation de l'AUDCG et bonne foi

Le deuxième démembrement de phrase de l'article 237 de l'AUDCG dispose que « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». Ce démembrement a deux significations. Il exige que l'AUDCG soit interprété de manière à promouvoir le respect de la bonne foi dans le commerce international (**I**). Il vise également à combler les lacunes de l'AUDCG, c'est-à-dire les questions que ce dernier régit mais auxquelles il n'apporte pas expressément de réponse que nous appelons « *lacunes internes* », si possible sans avoir recours au droit interne, mais en se fondant plutôt sur les principes généraux dont il s'inspire de façon à en assurer l'application (**II**).

I Le recours à la bonne foi dans l'AUDCG

Le recours à la bonne foi est expressément prévu par l'article 237 de l'AUDCG aux termes duquel il est précisé que « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». Il résulte de cette disposition que la bonne foi doit exister dans les relations entre les parties du début à la fin. Cette disposition va au-delà de l'information selon laquelle la bonne foi agit uniquement comme instrument d'interprétation et de comblement des lacunes de l'AUDCG (sur laquelle nous reviendrons dans notre II), il est juste d'affirmer que la référence à la promotion de l'application de la bonne foi dans le commerce international est « *aussi nécessairement dirigé vers les parties, vers chaque contrat individuel de vente* »²⁵². La bonne foi peut ainsi être considérée comme étant un des « *principes généraux* » sur lesquels l'AUDCG de quo est basé²⁵³. Elle est un principe général de l'AUDCG et à ce titre, elle peut imposer des obligations à caractères positifs complémentaires aux parties, telle que l'obligation d'agir avec bonne foi à l'occasion des négociations et la formation du contrat. Ces obligations résultent de l'article 237 in fine qui dispose que « (...) *Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». Le principe de la bonne foi peut conduire la CCJA ou les juridictions nationales à respecter leurs obligations. La jurisprudence de la CCJA est pauvre et ne nous renseigne pas sur les cas d'application de la bonne foi. Mais nous citerons quelques jurisprudences dans le cadre de la CVIM. La bonne foi a conduit une juridiction à conclure qu'un acheteur n'est

²⁵²P. Schlechtriem, « *Uniform Law of Sales. The U.N. Convention on contracts for the International Sales of Goods 39* », Vienne, 1986.

²⁵³Pour une application de la bonne foi dans la CVIM, voir, F. Ferrari, « *Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale* », in Rev. Int. dr. Comparé, vol. 48, n°4, oct-déc. 1996. p. 840.

pas tenu de déclarer explicitement un contrat résolu si le vendeur a refusé de remplir ses obligations, et que l'exigence d'une déclaration explicite en de telles circonstances violerait le principe de la bonne foi, même si la Convention exige expressément une déclaration de résolution du contrat²⁵⁴. Dans une autre affaire, une juridiction a ordonné à une partie de verser des dommages-intérêts parce que le comportement de cette partie était « *contraire au principe de la bonne foi dans le commerce international édicté à l'article 7 de la Convention de Vienne* » ; ce faisant, elle a également déclaré que l'abus de procédure est contraire au principe de la bonne foi²⁵⁵. Dans une affaire différente, une juridiction a déclaré que, compte tenu du principe général de bonne foi exprimé dans la Convention, « *Il ne suffit pas, pour que les conditions générales s'appliquent, de renvoyer aux conditions générales de l'offre de conclure un contrat, sans fournir le texte de ces conditions générales avant ou pendant la conclusion de l'accord* »²⁵⁶. Dans une autre affaire encore, une juridiction a déclaré que « *La clause attributive de juridiction n'est pas valable, conformément au principe de bonne foi énoncé à l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ce principe indique que les clauses du contrat doivent satisfaire aux attentes raisonnables des parties. En ce sens, le principe de bonne foi serait violé si la présente Cour d'appel validait la clause attributive de juridiction figurant au verso du contrat, à laquelle le [vendeur] n'a pas consenti* »²⁵⁷. De même, une juridiction s'est référée au principe de la bonne foi pour souligner que « *la Convention accorde une grande importance à ce principe en ce que le contenu d'un contrat doit répondre aux attentes des parties, conformément au principe de l'attente raisonnable, auquel on porterait gravement atteinte si, comme le soutient le défendeur, la clause de soumission à l'arbitrage figurant dans le contrat de garantie devait être appliquée* »²⁵⁸.

Enfin, nous tirons de la disposition de l'article 237 précitée que le principe général de la bonne foi impose aux parties de collaborer entre elles et d'échanger des informations utiles pour l'exécution de leurs obligations respectives. La bonne foi permet enfin de combler les lacunes de l'AUDCG.

²⁵⁴ Voir Décision du Recueil de jurisprudence 277 [Oberlandesgericht Hamburg, Allemagne, 28 février 1997].

²⁵⁵ Cour d'appel de Grenoble, France, 22 février 1995, décision publiée au Recueil de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 154.

²⁵⁶ Rechtbank Rotterdam, Pays-Bas, 25 février 2009, traduction en anglais accessible sur l'Internet: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090225_n1.html. Décision publiée au Recueil de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

²⁵⁷ Audiencia Provincial de Navarra, Espagne, 27 décembre 2007, traduction en anglais accessible sur l'Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>, Décision publiée au Recueil de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

²⁵⁸ Décision du Recueil de jurisprudence 547 [Audiencia Provincial de Navarra, Espagne, 22 septembre 2003].

C'est en ce sens qu'elle est significative en tant qu'instrument supplémentaire pour l'interprétation auquel les juges doivent recourir et qui doit être utilisé pour neutraliser le danger d'aboutir à des conséquences inévitables.

II L'emploi de la bonne foi pour combler les lacunes internes

La bonne foi se manifeste dans tous les domaines du droit. Riche d'intérêt pour un juriste adepte du droit comparé²⁵⁹, elle se révèle produire des effets dans les sphères les plus variées. Du droit international au droit interne, elle connaît ainsi une multitude d'applications. Consacrée par la CVIM, par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international²⁶⁰, la bonne foi est inscrite dans nombre de textes de droit interne des États membres de l'OHADA.

L'article 103 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal vise expressément les lacunes dans le contrat. Aux termes de cette disposition, en l'absence de volonté exprimée: « *Le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

Si toute autre interprétation se révèle impossible, les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de celui qui s'oblige ». Cet article reproduit presque in extenso l'article 1135 du code civil français. En effet, en droit français, la bonne foi trouve sa source dans l'article 1134 du code civil qui dispose que « *Les contrats doivent être exécutés de bonne foi* » complété par l'article 1135 alinéa. 3 qui indique que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui est ex primé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Quant à l'article 237 de l'AUDCG, il dispose que « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». Ces articles prescrivent, notamment grâce à l'équité, de donner au contrat son sens complet conformément à la loyauté contractuelle. L'équité permet au juge, en s'appuyant sur les circonstances de l'espèce, de corriger le jeu trop strict d'une règle et de combler les lacunes du contrat en fonction de ce qui lui paraît raisonnable.

L'exigence de bonne foi ne naît donc plus du contrat mais devient une norme de comportement s'imposant à tous pendant toutes les phases du contrat²⁶¹. Elle participe ainsi à la sécurité du

²⁵⁹Y. Loussouarn, « *Rapport de synthèse* », in Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi, Paris, Litec, 1994, p.9.

²⁶⁰Art.1.7 des Principes Unidroit.

²⁶¹D. Mazeaud, « *Mystères et paradoxes de la période pré contractuelle* », Études offertes à J. Ghestin, « *Le contrat au début du XXI^e siècle* », 2001, LGDJ, 657, n°12.

commerce international. C'est pourquoi, l'AUDCG a introduit le principe de bonne foi afin de remédier à ses lacunes. En cas de difficultés le plaideur pourra soulever la bonne foi devant le juge ou l'arbitre.

S'agissant du comportement, la bonne foi permet de moraliser le contrat. Elle apparaît ainsi plus comme une norme de comportement que comme une obligation contractuelle, mettant en jeu la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle au titre de l'article 1382 du code civil français. Qualifiée de faute délictuelle, la violation de la bonne foi qui se traduit pour l'une des parties à un manquement à son devoir de bonne conduite et de garantie des intérêts de son partenaire, permettra l'allocation de dommages-intérêts²⁶².

S'agissant de la négociation, c'est le principe de bonne foi qui sera au premier plan. L'encadrement juridique des pourparlers dans le droit OHADA résultera à notre avis de l'article 237, alinéa 2 qui dispose que : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* ». A travers ce texte, l'AUDCG précise que si l'entrée en pourparlers est libre, elle connaît une importante limite : la bonne foi. La bonne foi est donc susceptible de se manifester tout au long des pourparlers. Ainsi, elle doit se manifester lors de la conduite des pourparlers. Elle impose aux parties l'obligation de tout mettre en œuvre pour parvenir à la conclusion de l'accord projeté²⁶³. Selon l'expression du Pr. Yves Picod, les parties sont tenues à un « *devoir de persévérance* »²⁶⁴. Le devoir de loyauté, au moment des pourparlers, peut exiger du partenaire qu'il ne donne pas suite aux pourparlers²⁶⁵. La disposition de l'article 237, alinéa 2 de l'AUDCG semble dire implicitement que le devoir de bonne foi doit prévaloir avant et pendant les négociations et lors de la rupture des pourparlers. Ceci semble être la suite logique de la liberté contractuelle. En vertu de ce principe, les négociateurs doivent conserver la liberté de ne pas contracter et donc de rompre les pourparlers²⁶⁶.

Il ne fait plus de doute que la bonne foi joue un rôle à tous les stades de la vie du contrat : formation, exécution, circulation, extinction. Du reste, appréhender la bonne foi comme un devoir extérieur au contrat, de nature délictuelle, légitime d'autant mieux la survie du devoir de bonne foi

²⁶²O. Deshayes, « *Le dommage pré-contractuel* », RTD Com, 2004, p.187. Voir également, P. Le Tourneau, « *La rupture des négociations* », RTD Com, 1998, p.478.

²⁶³Répertoire de droit civil, Dalloz, 2013. Voir également, Philippe Le Tourneau, « *La rupture des négociations* », RTD Com, 1998, p.479.

²⁶⁴Y. Picod, « *Exécution de bonne foi des conventions* »,

²⁶⁵Op. cit, note n°261.

²⁶⁶Civ. 3ème, 28 juin 2006, n°04-20.040, Bull.civ, III, n°164, D.2006, 2963, note Mazeaud.

malgré la disparition des liens contractuels. Avant, pendant, comme après le contrat, un certain degré de civilité est requis.

La bonne foi n'est pas le seul principe général qui interprète et complète les dispositions de l'AUDCG. Nous étudierons ci-après les usages.

Paragraphe II : Interprétation de l'AUDCG et usages

Un très grand nombre de ventes commerciales internationales sont régies par des usages, parfois généraux, plus fréquemment propres au type de marchandises en cause²⁶⁷. Du point de vue géographique, le champ d'application de ces usages peut être plus ou moins étendu ; certains sont simplement régionaux²⁶⁸. Tenant compte de cette spécificité du commerce international, l'AUDCG a introduit le concept des usages non seulement en tant que sources mais aussi en tant que principe général qui le sous-tend.

Les usages sont visés par diverses dispositions de l'AUDCG, qu'il s'agisse des contrats de représentation et de la vente commerciale. Il convient d'analyser la référence faite aux usages dans l'AUDCG (I) avant d'étudier les usages en tant que principe général tendant à interpréter et à combler les lacunes de l'AUDCG (II).

I La référence faite aux usages par l'AUDCG

Il convient de préciser les sources des usages dans l'AUDCG (A) ainsi que les usages du commerce en vigueur dans les pays africains membres de l'OHADA (B).

A Les sources des usages visés dans l'AUDCG

L'article 237 de l'AUDCG n'est pas le seul article ouvrant la porte à des sources de droit autres que l'AUDCG pour régir les contrats de vente commerciale ou de représentation. Les articles 177 et 239 de l'AUDCG sont également pertinents. L'article 239 de l'AUDCG permet expressément l'application d'autres sources de droit, en précisant que « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales* » et que « *Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée* ». Cet article est une reprise de l'article 9(1) de la CVIM. Quant à l'article 177 de l'AUDCG, il concerne les relations entre le

²⁶⁷B. Audit, « *Vente* », Répertoire de dr. Int. Privé, septembre 2011, mis à jour en juin 2015.

²⁶⁸Op. cit, note n°267.

représenté et l'intermédiaire et dispose que « *Le représenté et l'intermédiaire d'une part, l'intermédiaire et le tiers visé à l'Article 169 ci-dessus d'autre part, sont liés par les usages dont ils avaient ou devaient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée. Ils sont également liés par les pratiques qu'ils ont établies entre eux* ». Ces deux dispositions portent sur les usages et les pratiques qui se sont établis entre les parties.

À l'égard de la première source, les « *usages* », il faut souligner que l'article 239 de l'AUDCG comme l'article 9(1) de la CVIM ne définit pas ce concept. Il indique tout simplement que les usages lient les parties dans la mesure où elles les ont acceptés²⁶⁹. Lorsque les parties ont valablement consenti de recourir à ces usages, ces derniers prévalent sur les règles de l'AUDCG. A l'égard des seconds, l'AUDCG consacre à notre avis la pratique individuelle plutôt que la pratique générale entre les parties²⁷⁰. Une telle analyse présuppose donc une relation commerciale entre les parties, caractérisée par une certaine durée, de même que la conclusion d'un certain nombre de contrats²⁷¹. Par conséquent, il n'est pas surprenant que des tribunaux aient considéré que la conclusion de deux uniques contrats²⁷² ou une seule livraison de marchandises²⁷³ ne crée pas une telle pratique entre les parties. Comme pour les usages, lorsque des pratiques sont établies entre les parties, elles prévalent sur les dispositions de l'AUDCG²⁷⁴. Par contre, lorsque ces pratiques s'opposent à des usages consentis par les parties, ces usages prévalent.

B Les usages du commerce en vigueur dans les pays africains membres de l'OHADA

En reprenant les dispositions de l'article 9 (2) de la CVIM, nous reprochons à l'AUDCG d'introduire des dispositions dont l'opportunité est loin de s'imposer et dont les justifications sont difficiles à trouver dans le contexte africain. Tout d'abord, l'article 239 de l'AUDCG n'arrive pas à résoudre le

²⁶⁹ Michael J. Bonell, Art. 9, dans *Commentary on the International Sales Law*, supra note 1, p. 107.

²⁷⁰ Pour une application des pratiques dans la CVIM, voir Karl Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, 1993, p. 116 ; Rudolph, supra note 203, p. 143 ; Torsello, supra note 63, p. 143.

²⁷¹ P. Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2e éd., 2003, pp. 9-10 ; F. Ferrari, « *Quelques sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises ? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM* », *RDAI/IBLJ*, N°3, 2006. p.413.

²⁷² V. ZG Kanton Basel-Stadt, 3 décembre 1997, publiée sur le site internet <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=FullText>>.

²⁷³ V. LG Zwickau, 19 mars 1999, publiée sur le site internet <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/519.htm>>.

²⁷⁴ CCJA Pourvoi : n° 100/2004/PC du 15 septembre 2004.

conflit entre l'usage international et l'usage local. Nous nous demandons ce que signifie l'expression « *L'usage soit régulièrement observé* » afin d'être applicable à un contrat commercial OHADA. Cette disposition peut être à l'origine d'un conflit entre l'usage universel et l'usage local.

L'article 239 alinéa 2 laisse de nombreuses questions en suspens. En effet, à l'adoption de la CVIM, le monde était divisé en blocs. D'une part le bloc occidental avec son modèle d'économie de marché. D'autre part, le bloc de l'est avec son modèle d'économie dirigée. L'économie des pays africains en voie de développement différait de l'économie de marché. En ce sens, l'article 9(2) de la CVIM leur avait fourni la justification de ne pas appliquer un usage originaire des pays développés ou même de ne pas adhérer à la CVIM. Pourrions-nous dire aujourd'hui que l'économie des États membres de l'OHADA est essentiellement de marché? Si oui, ils appliqueront les usages commerciaux des pays développés. Rien n'est moins sûr.

L'Afrique est dans une phase de mutation.

On remarque aussi que nonobstant le fait que l'article 239 de l'AUDCG exige que l'usage soit « *largement connu dans le commerce* », le deuxième critère objectif du même article permet l'application des usages spéciaux, les usages « *régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée* ». S'agit-il d'une reconnaissance des usages locaux? A notre avis, la réponse semble être positive.

La disposition de l'article 239 de l'AUDCG pose des problèmes par rapport à la connaissance des usages en Afrique. En effet, les États membres de l'OHADA, s'ils partagent la même histoire et la même géographie, ne partagent pas les mêmes réalités socio-économiques. L'espace OHADA est constitué de deux ensembles géographiques : l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique Centrale. Ces deux ensembles géographiques ont leurs spécificités économiques et sociales. En effet l'Afrique et Madagascar ont vécu pendant des siècles sous l'empire du droit coutumier. L'obéissance à la coutume était spontanée, chacun se croyait obligé à vivre comme avaient vécu les ancêtres; la crainte des puissances surnaturelles, celle de l'opinion suffisaient le plus souvent à imposer le respect des manières traditionnelles de vivre. Une organisation plus ou moins complexe permettait de régler les conflits ou de déterminer une règle de conduite si les circonstances posaient un problème nouveau à la communauté. Les coutumes de l'Afrique et de Madagascar étaient multiples. Chaque communauté, se suffisant à elle-même, avait ses mœurs et ses coutumes propres. Les différences étaient en général secondaires entre coutumes d'une même région ou d'une même ethnie. Elles pouvaient être considérables au contraire, lorsqu'on sortait de l'un ou de l'autre de ces cadres.

L'AUDCG pose un vrai problème de connaissance des usages commerciaux internationaux par les opérateurs du commerce OHADA. En effet, les rédacteurs de l'AUDCG et du projet d'Acte uniforme relatif aux contrats relèvent que les commerçants africains sont dans la plupart des cas analphabètes. Cela pourrait être une source de difficultés quant à la connaissance des usages du commerce international.

D'où notre question : qu'est se passera-t-il lorsqu'un usage local n'est pas largement connu, comme le dispose l'article 239 de l'AUDCG ? Cette disposition de l'AUDCG peut engendrer un conflit entre divers usages. Supposons l'usage universel et l'usage local, que tous les deux bien connus dans le commerce OHADA, soient contradictoires. Dans l'hypothèse où l'acheteur suit l'usage universel et le vendeur l'usage local, l'AUDCG ne donne aucune indication au juge quant à la façon dont il doit gérer cette question.

Enfin, le rapport entre l'article 239 et les nombreuses dispositions dans lesquelles l'AUDCG s'en remet aux usages n'est pas clair. A titre d'exemple, prenons l'article 252, alinéa 2 de l'AUDCG qui prévoit que dans le cas où le vendeur est responsable du transport des marchandises « (...) *il est tenu de conclure les contrats nécessaires pour que le transport soit effectué par les moyens appropriés et selon les conditions d'usage jusqu'au lieu fixé avec l'acheteur* ».

Supposons que le vendeur suive dans un tel cas l'usage régional ou l'usage local. Cet usage doit-il remplir les trois conditions mentionnées dans l'article 239 de l'AUDCG pour être considéré comme applicable dans le cas d'espèce? Pour compliquer le problème, il ne faut pas oublier que selon l'article 234 alinéa. 2 de l'AUDCG, nous sommes en présence d'une vente commerciale OHADA lorsque les parties ont le siège de leur activité dans un des États différents, ce qui implique qu'il n'est pas nécessaire que la chose se déplace au-dessus des frontières : elle peut être seulement transportée d'une ville à l'autre à l'intérieur d'un même État.

Or, il est indispensable de répondre à ces questions si l'on espère donner une certaine uniformité à l'AUDCG. Cette uniformité se trouve dans la fonction normative de l'AUDCG c'est-à-dire dans sa fonction de complément de l'AUDCG.

II L'emploi des usages pour combler les lacunes internes

Un autre principe général reconnu par l'AUDCG est celui imprégnant le paragraphe 2 de l'article 239 aux termes duquel, sauf si elles en décident autrement, les parties sont liées par un usage dont elles avaient connaissance ou dont elles auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée. Le rôle des usages n'est pas plus original dans le droit du commerce international que dans les droits internes des États membres de l'OHADA. Ils constituent un élément à prendre en compte pour l'interprétation de la volonté des parties²⁷⁵. A ce titre, ils constituent un principe général qui sous-tend l'application de l'AUDCG. Ils ont ainsi vocation à combler les lacunes internes de l'AUDCG.

Pour que les usages combler les lacunes internes de l'AUDCG, il conviendrait que les parties les intègrent expressément ou implicitement dans leur convention. C'est ce qui ressort de l'article 239 de l'AUDCG qui dispose que : « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée* ». Il est nécessaire de préciser la notion d'usage visé par l'AUDCG. Ce dernier consacre-t-il l'usage conventionnel ou l'usage normatif? Or, répondre à cette question équivaudrait à préciser la notion d'usages renvoie aux usages des parties ou aux usages de branche. De manière générale, il s'agit d'usages ou de pratiques régulièrement appliqués entre les parties. C'est à partir du moment où l'usage devient régulier et la pratique courante qu'on peut recourir à la notion d'usage pour compléter les dispositions de l'AUDCG.

Il convient de préciser les lacunes internes que les usages combler. Nous ne parlerons essentiellement que de la révocation de l'offre (A) ainsi que de sa sanction de l'offre (B).

²⁷⁵P. Mayer et V. Heuzé, « *Droit international privé* », 10^e éd. Montchrestien, 2010, p.15., spé. n°23.

A Les usages et la révocation de l'offre

Les parties à une vente commerciale traitent le plus fréquemment à distance, ce qui suscite la question de la prise d'effet d'une communication de l'une à l'autre dont dépend la formation du contrat ou son contenu. L'article 243 de l'AUDCG dispose que : « *L'offre doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre* ». Quant à l'article 244 de l'AUDCG, il dispose simplement que « *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre* ». La question de l'offre est d'autant plus importante que, selon l'AUDCG une offre ou une acceptation peuvent en général être retirées avant d'être parvenues. C'est ce qui résulte de l'article 242 alinéa. 2 de l'AUDCG qui dispose que « *L'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait exprimé son acceptation* ». L'offre est donc en principe révocable à tout moment. Mais l'AUDCG ne précise pas à quel moment prend effet la révocation. Pour apprécier le moment où prend effet l'offre ou la révocation de l'offre, il convient d'appliquer les usages ou les pratiques en vigueur entre les parties. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 244 de l'AUDCG qui dispose que « *(...) Cependant, si en vertu des dispositions de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, exprimer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli* ». En vertu d'une pratique, le comportement de tel ou tel contractant peut exprimer son acceptation. Inversement, l'attitude d'une partie peut exprimer également son refus conformément à la pratique qui s'est établie entre les parties contractantes. Tel a été le cas dans un arrêt de la CCJA en date du 15 septembre 2004. L'affaire se résume comme suit : Une société de droit tchadien, la société Subsahara Services inc. adressait régulièrement d'importantes commandes de matériels, fournitures et équipements divers auprès de fournisseurs tchadiens dont notamment l'Entreprise SANY Quincaillerie. Ces commandes se passaient par appel d'offres. C'est dans ces conditions, que la société SANY Quincaillerie a remporté un appel d'offres concernant la fourniture d'équipements et de matériels d'exploitation du pétrole. Aussitôt, elle a mis lesdits matériels à la disposition de la société Subsahara Services inc. Toutefois, cette dernière n'a pas souhaité prendre possession des matériels au motif qu'un usage consistait à considérer les appels d'offres comme étant de simples appels à provision (sic) que l'Entreprise SANY Quincaillerie ne saurait ignorer. C'est dans ces conditions que cette dernière a pratiqué le 07 février 2003, une saisie conservatoire à hauteur de 450.645.701 FCFA sur la créance de Subsahara Services entre les mains de la Société Générale Tchadienne de Banque (SGTB). Le 14 février 2003, la société SANY Quincaillerie a

dénoncé ladite saisie et en même temps a assigné Subsahara Services devant le Tribunal civil de N'Djamena en paiement de la créance objet de la saisie. Le Tribunal civil de N'Djamena a fait droit à la demande de la demanderesse et a condamné la société Subsahara Services à payer les prix des matériels ainsi qu'à des dommages-intérêts.

La défenderesse a relevé appel de cette décision devant la Cour d'Appel de N'Djamena qui infirma la décision des premiers juges au motif qu'ils n'ont pas à interpréter les usages et les habitudes que les parties ont institués entre eux.

L'Entreprise SANY Quincaillerie s'est pourvue en cassation devant la CCJA en invoquant le moyen de cassation fondé sur la violation de l'ancien article 207 de l'AUDCG.

La CCJA a jugé que « *Mais attendu qu'il n'est pas contesté que Subsahara Services inc. a adressé un document intitulé « appel d'offres » à SANY Quincaillerie et à plusieurs autres entreprises en se réservant le droit de « ne pas donner de suite ou de ne donner suite que partiellement à cet appel d'offres » ; qu'au regard des dispositions de l'article 206 alinéa 1er sus énoncées, le juge ne peut se livrer à l'interprétation des usages et des habitudes en application de l'article 207 que si l'intention des parties n'est pas ou est mal exprimée; qu'en l'espèce, de façon manifeste, Subsahara Services inc. n'entendait pas être liée par la réponse à l'appel d'offres, d'autant que SANY Quincaillerie ne pouvait ignorer ces procédures d'appel d'offres dans le cadre desquelles elle s'était portée candidate à plusieurs reprises et avait ainsi remporté différents marchés; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé et doit être rejeté* »²⁷⁶. Cette solution a consacré comme usage une pratique dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. La révocabilité de l'offre est ainsi dictée par les usages en vigueur dans la branche commerciale et dans la zone géographique où les parties opèrent conformément à l'article 239, alinéa. 1 de l'AUDCG qui dispose que « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales* ». La CCJA confirme également par cet arrêt qu'une pratique régulièrement observée entre les parties peut être qualifiée d'usage. C'est ce qui ressort du démembrement de phrase « (...) *d'autant que SANY Quincaillerie ne pouvait ignorer ces procédures d'appel d'offres dans le cadre desquelles elle s'était portée candidate à plusieurs reprises et avait ainsi remporté différents marchés (...)* ».

²⁷⁶CCJA Pourvoi : n° 100/2004/PC du 15 septembre 2004. Nous remarquons que dans cet arrêt, la CCJA a comblé les lacunes de l'offre par le recours aux pratiques qui se sont établies entre les parties qui étaient en relations contractuelles depuis plusieurs années. les usages de la partie forte à son cocontractant. En effet, dans un appel d'offres, il est très rare que les parties se réfèrent à un usage puisque les participants à un appel d'offres peuvent différer d'une année à l'autre. Ce qui fait que pour nous, il est difficile d'accepter le raisonnement de la Cour.

Les usages s'appliquent aussi bien à l'acquiescement de l'offre qu'aux conséquences de la révocation de l'offre.

B Les usages applicables aux sanctions de la révocation de l'offre dans l'AUDCG

L'article 249 de l'AUDCG dispose que « *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.*

Toutefois, la partie qui conduit ou rompt une négociation de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sans intention de parvenir à un accord ». Il convient de distinguer deux périodes²⁷⁷ : avant et après l'émission d'une offre, même si elles sont soumises à un régime identique.

Avant l'émission de l'offre, les parties ne sont liées par aucune relation contractuelle. Cette période est régie par la bonne foi et sur la loyauté. Ainsi toute faute commise pendant cette période est sanctionnée par la bonne foi. C'est la tendance actuelle de la doctrine de faire sanctionner la rupture des négociations sur la bonne foi, sous l'angle de la loyauté²⁷⁸. Les négociateurs conservent donc la liberté de rompre conformément à l'article 249 de l'AUDCG, mais dans la dignité, la loyauté, sans bafouer la légitime confiance qui s'était instauré. Cela implique que la courtoisie soit respectée, tant dans la forme que dans le moment de la rupture. Il existe une sorte de « *devoir de préparation psychologique du partenaire à cette épreuve* »²⁷⁹.

A la rupture des négociations il convient de joindre les incidents relatifs aux offres, qui sont soumises aux mêmes principes. En effet, en premier lieu, une offre est révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée conformément à l'article 242 de l'AUDCG. Mais « *L'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant, dans les mêmes conditions que l'offre faite à une personne déterminée* ». Aussi sa révocation peut entraîner la responsabilité lorsqu'elle est hâtive, et que le retrait fautif cause un préjudice au destinataire²⁸⁰. La faute la plus fréquente consiste à

²⁷⁷ J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n° 220 et s.

²⁷⁸ V. les développements de P. Jourdain, in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec 1994, p. 121 et s., spécial. p. 128 et s.

²⁷⁹ J.-M. Mousseron, « *Les procédures informelles d'échange des consentements* », in « *L'échange des consentements* », Rev. jur. com. 1995 [n° spécial], p. 23, spéc. p. 26).- *Addesur la conduite des pourparlers*, Ph. le Tourneau, « *De l'art et de la manière de négocier et conclure les contrats internationaux* », GP 1996, 1, doct., p. 8 et s.).

²⁸⁰ CA Paris, 3 déc. 1959, JCP 1961 éd. G II. 12308, note C. Gavalda.- Soc. 22 mars 1972, D. 1972. 468, retrait fautif par un employeur d'un engagement d'emploi.- TGI Paris, 11 janv. 1995, JCP 1996 éd. E.I. 523, n° 3, obs. J.-M. Mousseron, retrait de l'offre de la vente d'une quote-part d'un brevet.- V. not. sur cette question, S. Mirabail, *La*

rétracter inopinément l'offre avant que son destinataire ait eu réellement le temps de l'apprécier. Or une offre n'a de sens que si elle est maintenue pendant un délai raisonnable, conforme aux usages conformément à l'article 244, alinéa. 2 de l'AUDCG.

Sur le plan international, les usages ont été appliqués par certaines juridictions à la rupture des pourparlers contractuels. C'est ainsi que la Cour d'appel de Toulouse a jugé dans un arrêt du 17 novembre 1992 que : « *La rupture des pourparlers d'un contrat d'entreprise portant sur des opérations de publicité et de communication n'entraîne pas un droit de l'entrepreneur à honoraires quand bien même cette rupture est le fait du client; dans la mesure où il n'y avait pas eu de demande d'études et de conseil, la préparation d'un dossier en vue de l'établissement d'un contrat n'entraîne pas selon les usages un droit à honoraires* »²⁸¹. Ou encore la Cour d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 16 septembre 1993 qui a jugé que : « *Les travaux effectués pour l'étude de contrat de campagne publicitaire doivent rester à la charge de l'entreprise publicitaire, conformément à l'usage selon lequel le coût des devis et études préalables entrent dans les frais généraux et sont délivrés gracieusement* »²⁸².

Nous ne pourrions donc trouver dans l'article 281 de l'AUDCG la solution de la sanction de la révocation de l'offre parce que celui-ci ne vise que les dommages-intérêts pour une contravention au contrat. L'article 281 alinéa 4 dispose que « *La partie qui impose ou obtient la rupture du contrat peut obtenir en outre des dommages-intérêts en réparation de la perte subie et du gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution* ». Il serait donc inapplicable lors qu'aucun contrat n'a été conclu et que le dommage, par suite, ne résulterait pas d'un manquement aux obligations que la vente est destinée à engendrer. L'article 281, alinéa.4 de l'AUDCG ne prévoit pas cette situation, la solution doit être recherchée dans les usages ou dans les principes généraux dont l'AUDCG s'inspire.

Il en résulte que la révocation de l'offre avant son terme ne peut être sanctionnée que sur le fondement des usages ou des pratiques en vigueur dans la branche d'activité concernée conformément à l'article 244, alinéa. 2 de l'AUDCG.

rétractation en droit privé français, préf. J.-P. Marty, LGDJ, 1997, p. 95 et s.).

²⁸¹ C.A Toulouse, 17 nov.1992 *Juris-Data* n° 051160.

²⁸² C.A . Aix-en Provence, 16 sept. 1993, *Juris-Data* n° 045651.

Paragraphe III Interprétation de l'AUDCG et recours aux Principes Unidroit

L'un des sujets les plus intéressants parmi ceux liés à l'application pratique des Principes d'Unidroit²⁸³ dans la vente commerciale concerne les possibilités et les limites de leur utilisation lorsque le contrat est soumis à l'AUDCG sur la vente commerciale²⁸⁴.

Tout d'abord, il convient de rappeler que les Principes – élaborés par une commission d'experts indépendants au sein de l'Institut international pour l'unification du droit privé Unidroit – constituent une sorte de codification privée qui ne vise pas – à tout le moins de prime abord – à déployer une force obligatoire dans les ordres juridiques nationaux²⁸⁵. Au contraire, ils représentent un système de règles non contraignantes dont l'objet est de persuader les opérateurs économiques et juridiques de la justesse et de la supériorité de leurs solutions²⁸⁶.

Ce sont les Principes mêmes qui, dans leur Préambule, envisagent entre plusieurs modalités d'utilisation²⁸⁷, la possibilité d'être mis en œuvre pour interpréter ou compléter d'autres instruments du droit international uniforme. Les principes Unidroit vont combler les lacunes de l'AUDCG et devenir un droit matériel de la vente commerciale. Les principes contenus dans le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ont pour ambition de proposer un droit des contrats adapté à l'environnement commercial international moderne, d'une part et, d'autre part de combler les lacunes que nous avons étudiées dans le chapitre précédent. S'agissant de la possibilité de faire référence aux solutions envisagées dans les principes Unidroit, une partie de la doctrine s'y était opposée (I). Toutefois, nous démontrerons ci-après que ces principes sont essentiels dans la

²⁸³ Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1994.

²⁸⁴ Pour une application des Principes d'Unidroit dans la CVIM, V. en général M.J. Bonell An International Restatement of Contract Law, 2e éd., Transnational Publ., 1997, Ch. 4.

²⁸⁵ Voir A. Veneziano, « *L'application des Principes d'Unidroit dans la vente internationale* » RDAI/IBLJ, N°3/4, 2001

²⁸⁶ Dans un esprit similaire la Commission «Lando» pour le droit européen du contrat a élaboré les European Principles of Contract Law (PECL). Ces Principes sont cependant limités à l'échelon de L'Union européenne (O. Lando, H. Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Kluwer Law Int., 2000, Introduction. On peut également citer le projet d'Acte Uniforme relatif au droit des contrats de l'OHADA qui a introduit les Principes Unidroit dans le droit des contrats (Projet rédigé par le Professeur Marcel Fontaine en 2004).

²⁸⁷ Préambule, alinéas 2, 3, 4 et 6: les Principes ont vocation à s'appliquer lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat ; ils peuvent s'appliquer si les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « *principes généraux du droit, la lex mercatoria ou d'autre formule similaire* », ils peuvent apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable ; ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux. La doctrine a cependant souligné qu'il y a d'autres modalités d'utilisation des Principes, comme par exemple l'aide dans la rédaction des contrats, v. J.-P. Beraudo, Les Principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international, JCP, Ed. G., 1995, 3842 ; M.J. Bonell, préc., 177 ss.

résolution des litiges commerciaux en Afrique eu égard aux lacunes que contient le droit matériel de la vente (II).

I Le recours aux principes Unidroit est bien fondé

Les principes Unidroit constituent une réglementation externe à l'AUDCG. Ils ont été élaborés antérieurement à celui-ci. A ce titre, ils ne pourraient être utilisés pour en combler ses lacunes. Ce faisant, les opposants aux principes Unidroit pensent que cette option permettrait de consacrer des règles étrangères aux droits et pratiques judiciaires de l'espace OHADA²⁸⁸. En effet, une doctrine a reproché à l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats de rompre avec la tradition « civiliste » des États membres de l'OHADA²⁸⁹. Le Pr Jacqueline Lohoues-Oble reprochait au projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats de toucher aux principes fondamentaux du droit des contrats²⁹⁰.

Cette critique est mal fondée. En effet, chaque pays membre de l'OHADA a conservé le droit des contrats hérité de la période coloniale. Ainsi, le droit de Guinée Bissau relève de la tradition portugaise, celui de la République Démocratique du Congo est de tradition belge, celui de la Guinée Équatoriale de l'Espagne et tous les autres pays²⁹¹ relèvent de la tradition civiliste française. Très peu de pays se sont dotés d'une nouvelle législation sur les contrats ou les obligations. On citera au Sénégal, la loi du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du code des obligations civiles et commerciales, en Guinée-Conakry, le code civil de 1983 et au Mali, la loi du 29 août 1987 fixant régime général des obligations.

Aussi, dans ce contexte, l'adoption des principes Unidroit doit être perçue comme l'occasion de réaliser une harmonisation sur la base de textes modernes sur le plan de la technique juridique. Ils sont élaborés par des juristes relevant des différents systèmes juridiques et ont connu déjà une remarquable reconnaissance internationale. Ces avantages sont appréciés dans des pays où le droit des contrats a généralement peu évolué depuis l'indépendance. L'ouverture vers un droit plus universel apparaît comme un avantage évident au moment où l'OHADA pourrait s'ouvrir à d'autres pays d'Afrique.

²⁸⁸The Preliminary draft OHADA uniform Act on law of contracts: innovations and debates, RDAI, 2009, p.312.

²⁸⁹ « L'avant -projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: innovation et Débats», Revue de droit uniforme, 2008, p.311.

²⁹⁰ J. L. Oble, « L'autonomie des parties :le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats » , Revue de droit Uniforme, 2008, p.319 s.

²⁹¹Bénin, Burkina Faso,Cameroun, Centrafrique, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Conakry, les Îles Comores, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

Enfin, se doter d'un droit des contrats inspiré de règles déjà reconnues et appréciées sur le plan international est de nature à rassurer et à attirer les investisseurs. C'est ainsi qu'on a pu trouver des positions doctrinales plus favorables qui considèrent les principes Unidroit comme faisant déjà partie des principes généraux du commerce international et, en tant que tels, particulièrement indiqués pour compléter des textes de droit uniforme dans ce domaine²⁹². Les principes peuvent faciliter la tâche des juges et arbitres dans la recherche de critères autonomes d'interprétation, en ce qu'ils permettent d'éviter de devoir déduire ces critères d'une – inévitablement longue – étude comparative des solutions adoptées dans les différents systèmes juridiques nationaux²⁹³. La référence aux règles posées par les principes d'Unidroit peut faciliter tant la détermination des principes, que leur concrétisation. Ceci semble particulièrement important en cas de décisions jurisprudentielles contradictoires émanant d'États différents : s'inspirer des principes d'Unidroit pourra permettre d'orienter les décisions à venir en faveur d'une interprétation autonome et uniforme conforme aux prescriptions de l'article 239 de l'AUDCG, sans passer par les droits nationaux que prévoit la disposition de l'article 237 de l'AUDCG. Ou encore, permettra l'affirmation d'une voie innovante, mais préférable sur le plan du commerce international.

Nous préciserons ci-après les cas concrets où la jurisprudence arbitrale, mais aussi étatique, pourrait s'inspirer des Principes d'Unidroit dans le but de compléter l'AUDCG.

II Les apports des principes Unidroit au comblement des lacunes de l'AUDCG

Le recours aux principes Unidroit est envisagé comme un moyen d'unification directe du droit, lorsqu'ils suppléent l'absence de toute autre règle de droit, ou indirecte du droit, lorsqu'ils servent à combler les lacunes d'un autre texte applicable qui est silencieux sur le point à trancher²⁹⁴. Les principes Unidroit peuvent être utilisés comme une règle juridique générale ou particulière en droit OHADA²⁹⁵. A cet égard, ils ont été invoqués comme droit applicable au fond du litige y compris comme moyen de compléter le droit matériel principal²⁹⁶. Mais avant cela, il faut se demander si l'on est bien face à une lacune de la Convention ou s'il l'on est confronté à une véritable exclusion voulue par l'AUDCG, autrement dit une « lacune externe », laquelle empêchera le recours aux principes généraux de la Convention.

²⁹²A. Veneziano, « *L'application des principes d'Unidroit dans la vente internationale* », RDAI, 1/03/2001, n°3, p.477 s.

²⁹³Op. cit, note n°292.

²⁹⁴V. Sentence finale dans l'affaire 11638 en 2002.

²⁹⁵V. E. Jolivet, « *L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage* », Rev. dr.unif. 2008, p.127 et s.

²⁹⁶Op. cit, note n°295.Mr Jolivet cite dans son article, 27 affaires dans lesquelles, il est fait application des principes Unidroit.

Nous ne nous cantonnerons pas à des développements purement théoriques. Nous évoquerons la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse dans l'AUDCG. La nécessité de compléter l'AUDCG apparaît lorsque l'obligation litigieuse concerne le paiement d'une somme d'argent autre que le prix, l'AUDCG comme la CVIM ne désignant pas expressément le lieu du paiement dans ce cas (A). Le deuxième cas concret à propos duquel nous prôtons le recours aux principes d'Unidroit pour mettre l'AUDCG en œuvre, concerne la détermination du taux des intérêts applicables aux sommes non payées à l'échéance (B).

A La détermination du lieu d'exécution des obligations monétaires

La question de déterminer le lieu d'exécution des obligations tient principalement son importance pratique du fait que ce lieu est prévu par les dispositions des codes nationaux de procédure civile des États membres de l'OHADA comme moyen d'attirer le défendeur devant son propre tribunal. Or l'exécution du contrat peut donner lieu à des conséquences imprévisibles donnant lieu à des dommages-intérêts. Pour admettre le paiement de ces dommages-intérêts indépendamment du paiement du prix de la marchandise, il faut déterminer le tribunal compétent ainsi que le lieu de paiement.

Dans ces cas, l'AUDCG à l'image de la CVIM ne prévoit pas de disposition spécifique précisant où l'obligation de paiement doit être exécutée (paiement de dommages-intérêts). L'article 291 de l'AUDCG dispose simplement que « *Tout retard dans le paiement du prix oblige au paiement des intérêts calculés au taux de l'intérêt légal et ce, sans préjudice des dommages-intérêts éventuellement dus pour autre cause* ». Ni cet article ni la jurisprudence de la CCJA ne précisent ni la manière de résoudre la question ni le lieu de paiement. En revanche dans le cadre de la CVIM, certaines décisions ont cependant estimé pouvoir résoudre la question de manière autonome en écartant le recours au droit national, et ont reconnu dans l'article 57 de la CVIM l'expression d'un principe général, selon lequel toute obligation de payer une somme d'argent doit être exécutée, lorsque les parties n'ont pas décidé autrement, au lieu de l'établissement du créancier.

Cette solution a par exemple été appliquée à propos de dommages et intérêts réclamés par l'acheteur suite à un défaut de conformité de la marchandise délivrée²⁹⁷, ou à propos d'une demande de restitution de l'acompte²⁹⁸. Dans une autre espèce, le juge s'est référé à la disposition de l'article

²⁹⁷Parmi les décisions qui ont appliqué l'art. 57 CVIM lorsque l'obligation litigieuse était le paiement de dommages-intérêts v. dernièrement aussi OLG Braunschweig, 28 oct. 1999, in *Internationales Handelsrecht*, Beilage zu der *Zeitschrift Transportrecht* (TranspR-IHR), 2000. V. A. Veneziano, op. cit, note n°212.

²⁹⁸Cour d'appel de Grenoble, 23 oct. 1996, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1997, 756, note A. Sinay-Cytermann ; v. aussi le commentaire par A. Huet, in *Clunet* (JDI), 1998, 125.

6.1.6 des principes d'Unidroit, laquelle étend la règle de l'article 57 CVIM à tous les contrats internationaux²⁹⁹.

Il semble que dans le cas où des difficultés au sujet de l'existence d'un principe général de la CVIM ou de l'AUDCG se rencontrent, la référence aux principes d'Unidroit est susceptible d'aider les interprètes à choisir une solution autonome et uniforme, en conformité avec l'article 7 de la CVIM ou avec l'article 237 de l'AUDCG. A cela s'ajoute que les principes édictent une règle claire et raisonnable du point de vue du commerce international pour minimiser les risques relatifs au paiement³⁰⁰.

Il faut enfin ajouter que les parties peuvent toujours stipuler elles-mêmes le lieu d'exécution de leurs obligations³⁰¹. Elles peuvent également éviter le recours aux codes de procédure civile nationaux pour assigner le défendeur ailleurs que devant le juge du lieu de son domicile ou de son siège, en insérant directement une clause d'élection de for dans leur contrat.

B Les Principes Unidroit et le taux d'intérêt applicable

L'article 291 de l'AUDCG dispose que « *Tout retard dans le paiement du prix oblige au paiement des intérêts calculés au taux de l'intérêt légal et ce, sans préjudice des dommages-intérêts éventuellement dus pour autre cause. Les intérêts courent à compter de l'envoi de la mise en demeure adressée par le vendeur à l'acheteur par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen équivalent* ». Cet article se borne à garantir un droit générique aux intérêts et ne tranche pas la question de la détermination du taux d'intérêt. La question du droit aux intérêts n'est également pas tranchée par la CVIM à tel point que pour la majorité de la doctrine, il s'agit d'une question exclue du champ d'application de la Convention de Vienne, ce qui entraîne l'application des règles de droit international privé du for³⁰². Mais le rattachement de la notion du taux d'intérêt aux droit nationaux aboutit à deux inconvénients majeurs : application souvent d'un taux d'intérêt qui ne couvre pas entièrement le dommage subi par le vendeur et absence de garantir l'uniformité

²⁹⁹ La même règle est prévue par le Projet d'Acte Uniforme relatif au droit des contrats de 2004, rédigé sous la direction du Pr. Marcel Fontaine.

³⁰⁰ Op. cit, note n°292.

³⁰¹ V. H. Van Houtte, P. Wautelet, « *Obligations des parties et sanctions des obligations dans la Convention de Vienne* », in RDAI/IJBL, pp. 293-352.

³⁰² V. dernièrement F. Ferrari, CISG Case Law on the Rate of Interest, préc., 89. Aussi B. Nicholas, en Bianca, Bonell (Éd.), *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1992, 570 ; B. Piltz, préc., 281 ; P. Plantard, « *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale* », in Clunet (JDI), 1988, 359 ; A. Asam, P. Kindler, en *Recht der Int. Wirtschaft (RIW)*, 1989, 841 ; H. Still, *Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des Einheitlichen Kaufrechts*, Festschrift Ferid, Frankfurt a.M., 1988, 510.

dans l'interprétation et l'application de l'AUDCG, pourtant exigée par le Traité OHADA (fixer le taux de l'intérêt à l'aune du droit national débouche en effet sur des solutions (souvent) radicalement différentes selon que le for saisi relève d'un ordre juridique ou d'un autre).

C'est pourquoi, nous proposons une solution « *autonome* » au problème de la détermination du taux d'intérêt³⁰³. Elle s'appuie sur la possibilité de trouver dans l'AUDCG un principe général de réparation intégrale du dommage et de se référer, pour mieux en déterminer le contenu, aux principes d'Unidroit³⁰⁴. A cet égard, le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats énonce à l'article 7/27 lequel reprend l'article 7.4.9 des principes Unidroit que :

«1) *En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération.*

- *Le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'État de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'État de la monnaie de paiement.*
- *Le créancier a droit, en outre, à des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire* ». Cette solution a été suivie par quelques sentences arbitrales qui concernent, soit le paiement du prix³⁰⁵, soit des arriérés de paiement³⁰⁶. Dans d'autres cas, si l'on n'a pas mentionné les principes Unidroit, l'on a quand même conclu à l'application du taux moyen utilisé dans le commerce international à l'égard de la monnaie de paiement³⁰⁷.

³⁰³En faveur d'une solution autonome et uniforme dans la doctrine M.J. Bonell, F. Liguori, in *Uniform Law Revue – Revue de droit uniforme*, 1996, 372 ; K. Bacher, en P. Schlechtriem, *Kommentar*, préc., 751. Avec plus de prudence B. Audit, « *La vente internationale de marchandises* », Paris, 1990, 171. D'autres auteurs ont envisagé l'existence d'un principe général. V. V. Heuzé, « *La vente internationale de marchandises* », in J. Ghestin, « *Traité des contrats* », Paris, 2000, 419 ss., selon lequel le principe que chacune des parties doit restituer à l'autre le profit indu porte sur l'application du taux en vigueur au lieu du domicile du débiteur, pour éviter son enrichissement. V. aussi K.H. Neumayer, C. Ming « *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* », Lausanne, 1993, 109.

³⁰⁴En particulier aux articles 7.4.2. et 7.4.9. du projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats.

³⁰⁵A. Veneziano, « *L'application des principes d'Unidroit dans la vente internationale* », RDAI, n°3, 1/03/2001, p.483.

³⁰⁶CCI n. 8128/1995, en *Clunet* (JDI), 1996, 1024, note D. Hascher (qui a appliqué le LIBOR plus 2 %). V. aussi CCI n°8769/96, qui a appliqué le taux « *raisonnable dans le commerce international* », tout en citant les principes Unidroit.

³⁰⁷Voir sentence CCI n. 8908/98: après avoir avoué que la jurisprudence sur le taux d'intérêt n'est pas uniforme, le Tribunal conclut que l'on devait appliquer le taux moyen utilisé dans le commerce international à l'égard de la monnaie de paiement. Le même résultat in CCI n. 6653/1993, *Clunet* (JDI), 1993, 1040, note J. Arnaldez, qui a appliqué le

La règle des principes Unidroit est certainement intéressante sur le plan économique en ce qu'elle se réfère au taux moyen généralement pratiqué par les banques à l'égard de la monnaie de paiement dans le pays où le prix doit être payé, donc où l'on peut présumer que le créancier doit avoir recours au crédit³⁰⁸.

Il convient de relever que notre proposition consiste à dire que toute matière qui n'a pas été expressément exclue du champ d'application de l'AUDCG peut être résolue en appliquant les principes Unidroit ou les principes généraux de droit dont il s'inspire. A cet égard, les principes Unidroit « *peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments de droit international de droit uniforme* »³⁰⁹. Ainsi, ils devraient dans tous les cas, et même lorsque les parties ne les ont pas choisis, servir de lex fori à l'arbitre du commerce international, lui permettant de combler les vides laissés par la lex contractus, en l'espèce l'AUDCG ou d'en éclairer l'application.

Le recours aux principes Unidroit est supérieur à toute autre approche parce qu'il permet de combler les immanquables vides résultant du texte de l'AUDCG.

LIBOR. Dans le sens d'une solution autonome aussi des décisions nationales argentines : Juzgado Nacional de Primera Instancia en 1° Comercial No. 10, 6 oct. 1994, in UNILEX, et 23 oct. 1991, in UNILEX, qui ont appliqué le taux moyen dans le commerce international comme usage au sens de l'art. 9 CVIM.

³⁰⁸A. Veneziano, « *L'application des Principes d'UNIDROIT dans la vente internationale* », RDAI, n°3/4, 2001, p.477 et s.

³⁰⁹Les principes peuvent encore « *servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux* », c'est nous qui le soulignons.

SECTION II : LE TRAITEMENT SUBSIDIAIRE DES LACUNES INTERNES PAR APPLICATION DES REGLES DE DIP

Les lacunes internes de l'AUDCG sont prioritairement réglées par le recours aux principes généraux auxquels, il se réfère. Toutefois, il n'écarte pas le recours à titre subsidiaire au droit international privé pour régler ses lacunes. A cet égard, il a emprunté cette solution à l'article 7 alinéa. 2 de la CVIM qui dispose que: « *Les questions concernant les matières régies par la Convention mais pas expressément tranchées par elle seront réglées par les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ».

Cet article, qui constitue désormais un modèle pour l'interprétation des conventions dans le domaine du commerce international³¹⁰, invite les juges et les arbitres, lorsqu'ils sont confrontés aux lacunes de la CVIM, à rechercher tout d'abord l'existence d'un principe général de la Convention d'où pourrait être dégagée la solution concrète au litige qui leur est soumis, à défaut de rechercher la loi applicable selon les règles de conflit. Mais cette dernière solution s'avère hasardeuse dans l'espace OHADA où les règles de droit privé des États membres ne sont pas uniformisées (**paragraphe I**). Il conviendrait donc d'adopter un Acte uniforme relatif au DIP (**paragraphe II**).

Paragraphe I : Le caractère insatisfaisant du recours au DIP des États membres

En l'absence de règles de droit international privé uniformisées dans l'AUDCG, chaque État membre applique ses propres règles de conflit afin de déterminer la loi applicable au litige. Cette solution est particulièrement insatisfaisante lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable aux pourparlers contractuels (**I**) ou à l'offre (**II**) dans la vente commerciale.

I La loi applicable aux pourparlers contractuels

Un sénégalais et un ivoirien négocient un important contrat de vente dans un Airbus d'Air France, à destination de l'Afrique du Sud. Le sénégalais signe le contrat au-dessus du Botswana. Par un effet de surprise, l'ivoirien se rétracte. Quelle est la loi applicable à la rupture des pourparlers? Nous avons au moins quatre lois applicables : sénégalaise, ivoirienne, française du pavillon (l'Airbus), le Botswana, lieu de survol. Quelle est la loi applicable à la négociation dans l'AUDCG? Elle peut être simple et très compliquée. Elle est simple, dès lors que les parties vont conclure le contrat. Dans ce cas, les parties peuvent désigner au moment de la conclusion, voire lors de l'entrée en pourparlers,

³¹⁰ V. par exemple les Conventions d'Ottawa sur le crédit-bail international et sur l'affacturage de 1988 (arts. 6(1) et 4 (1)).

la loi applicable à la négociation, ainsi qu'au contrat définitif³¹¹.

Il convient d'étudier la loi applicable aux pourparlers internationaux .

Le problème de la loi applicable aux négociations contractuelles pose une double question : d'abord celle de la qualification et ensuite celle de la loi applicable.

S'agissant de la première question, il convient de rappeler que les droits nationaux qualifient souvent les négociations contractuelles comme ne relevant pas de la matière contractuelle. A cet égard, elles relèvent de la matière délictuelle. C'est le cas du droit sénégalais qui ne réglemente pas les négociations contractuelles et ne les définit pas. Elles relèvent donc de la responsabilité délictuelle. La solution à la rupture des négociations des pourparlers repose traditionnellement dans l'application du droit commun de la responsabilité délictuelle sénégalais qui, à l' article 118 du COCC dispose qu' « *Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui* ». Il en est ainsi du droit malien dont l'article 125 du RGO dispose que « *Toute personne qui, par sa faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence, cause à autrui un dommage est obligée de le réparer* ». Les négociations contractuelles étant en marge du contrat, elles relèvent donc de la responsabilité délictuelle.

La négociation d'un contrat peut donner lieu à la passation d'avant-contrats, destinés à préparer l'accord définitif au moyen de la création d'obligations spécifiques. L'inexécution de tels contrats préparatoires est, évidemment, sanctionnée par la responsabilité contractuelle³¹² selon d'autres législations nationales. A cet égard, elles relèvent de la période contractuelle.

S'agissant de la loi applicable, les pourparlers contractuels peuvent être soumis à diverses lois. Lorsqu'il n'y a pas de convention de droit matériel applicable, ce sont les dispositions de source interne qui le sont et qui donnent compétence à la *lex loci delicti*. Le domaine couvert par la *lex loci delicti* couvre toutes les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité, soit en particulier la détermination de la faute, la notion d'imputabilité, les caractères du préjudice réparable, la détermination des parties recevables à agir, le mode et l'étendue de la réparation³¹³. La *lex loci delicti* conduit à l'application de la loi du lieu du fait générateur ou de celle du dommage dans la mesure où le lieu du fait dommageable « *s'entend aussi bien de celui du fait générateur du*

³¹¹ C'est Rudolf Von Jhering qui lança l'idée de la responsabilité contractuelle à propos des négociations, en 1861, dans un important article *Culpa in contrahendo* (traduit en français en 1893, œuvres, t.II, p.1à 100). V. également P. Y. Gautier, « *Les aspects internationaux de la négociation* », RTD Com, 1998, p.493.

³¹² J. Schmidt, « *La période contractuelle en droit français* », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990, pp. 545-566.

³¹³ Voir sur ce point, P.Mayer, « *Droit international privé* », Montchrestien, 1998, n°683.

dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ».

Lorsque les pourparlers contractuels sont qualifiés de contrats, ils sont d'abord soumis à la loi d'autonomie. Selon la loi d'autonomie, la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quand à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée³¹⁴. En l'absence de choix de loi, la loi applicable est celle du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Ainsi en matière de vente, la loi applicable, en l'absence de choix de loi, est celle du pays de la résidence habituelle du vendeur. C'est ce que décident les législations du Bénin et du Burkina Faso. En revanche, il en va autrement pour le Gabon qui désigne la loi du lieu de conclusion du contrat.

Faute d'uniformisation de la loi applicable dans l'espace OHADA, nous aboutissons à des solutions différentes. L'étude de la rupture des négociations contractuelles présente un intérêt particulier en Europe eu égard au traitement singulier qui lui a été réservé dans le Règlement Rome II³¹⁵. Ce dernier articule une règle de principe désignant la loi du lieu du dommage³¹⁶ et diverses règles spéciales édictant des solutions « *sur mesure* » pour la rupture des pourparlers³¹⁷.

Contrairement aux auteurs de l'AUDCG qui n'ont pas défini la rupture des pourparlers contractuels, les auteurs du Règlement Rome II ont institué une règle de conflit qui désigne la loi applicable à la culpa in contrahendo³¹⁸. Le concept de culpa in contrahendo est défini à l'article 12 du Règlement Rome II comme « *les tractations menées avant la conclusion du contrat* ». Il englobe la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles³¹⁹. Le concept de culpa in contrahendo est un concept autonome qui ne doit pas être interprété selon le droit interne. Une solution différente irait à l'encontre de l'objectif d'uniformisation dès lors que le concept est diversement apprécié d'un État membre à l'autre³²⁰.

Bien qu'au cours de la phase pré - contractuelle il n'existe aucun lien entre les parties, les auteurs du

³¹⁴ Civ, 5 déc. 1910, arrêt American Trading co, S. 1911, I.129, note Lyon-Caen.

³¹⁵ S. Bollée, « *A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* », Recueil Dalloz 2008, p.2161.

³¹⁶ Article 4§ 1 du Règlement Rome II du 11 juillet 2007.

³¹⁷ C. Brière, « *Le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")* », JDI, Clunet, n°1, janv.2008, Voir également. Sylvain Bollée, « *A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* », Recueil Dalloz 2008, p.2161.

³¹⁸ S. Bollée, « *A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* », Recueil Dalloz 2008, p.2161.

³¹⁹ Op. cit, note n° 318.

³²⁰ Op. cit, note n°318.

Règlement Rome II ont retenu la compétence de la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu. Un renvoi est donc indirectement opéré au Règlement Rome I³²¹. En effet, l'article 12§1 du Règlement Rome II dispose que « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant des tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* ».

Pour éviter tout conflit relatif à la loi applicable aux pourparlers contractuels, un auteur a préconisé aux partenaires de désigner d'entrée de jeu la loi applicable à la négociation³²². Toutefois, cette proposition pourrait se révéler inintéressante dans un espace uniformisé comme l'Europe. En effet, il y aurait interférence d'une autre *lex contractus* que celle virtuellement applicable au contrat formant la matière des négociations. Elle ferait ainsi obstacle à l'unité du droit applicable.

II La loi applicable à la révocation de l'offre

La tendance en droit comparé des pays membres de l'OHADA paraît plutôt en faveur de la qualification délictuelle de la révocation de l'offre et donc de l'application de la règle de conflit propre aux obligations non contractuelles. L'article 78 du COCC du Sénégal dispose que « *Le contrat se forme par une offre ou sollicitation suivie d'une acceptation* ». Si l'offre n'est pas acceptée, le contrat n'est pas formé. Il en résulte que tous les comportements postérieurs ou antérieurs seront régis par la responsabilité délictuelle sous réserve d'usages entre les parties.

Pour résoudre le problème de la loi applicable : nous avons deux possibilités : chercher dans l'AUDCG les principes dont il s'inspire (bonne foi, principes généraux ou usages). A défaut de principes dont l'AUDCG s'inspire pour résoudre le problème, nous mettrons en œuvre la méthode conflictualiste. Cette dernière consistera à se remettre au droit national que désigne la règle de droit international privé du for.

Ce qui reviendrait à édicter une règle de conflit. La mise en œuvre de la règle de conflit est insatisfaisante. Elle aboutit à des solutions hasardeuses alors que le but de l'OHADA est de lutter contre l'insécurité juridique et judiciaire.

Il conviendrait alors d'adopter un acte uniforme relatif au droit international privé qui régirait les relations extra-contractuelles afin d'instituer la prévisibilité de la loi applicable.

³²¹Op. cit, note n°317.

³²²P. Y. Gautier, « *Les aspects internationaux de la négociation* », RTD Com, 1998, p.493.

Paragraphe II: La nécessaire adoption d'un Acte uniforme de DIP

Nous avons évoqué supra la nécessité d'adopter un Acte uniforme relatif à la loi applicable dans le domaine contractuel. Dans le présent paragraphe, nous démontrerons la nécessité d'adopter un Acte uniforme relatif aux obligations extra-contractuelles telles que les pourparlers contractuels et l'offre qui peuvent être rattachés au contrat.

Il convient de déterminer dans un premier temps le champ d'application du futur Acte uniforme relatif aux obligations extra-contractuelles (I) avant de déterminer la loi applicable aux obligations non contractuelles (II).

I Le champ d'application materiae du futur Acte uniforme relatif aux obligations non contractuelles

A l'image du règlement « Rome II »³²³, le futur Acte uniforme ne couvrira que les obligations non contractuelles relevant de la « *matière civile et commerciale* ». A cet égard, il rejoindra le futur Acte uniforme relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. La notion de « *matière civile et commerciale* » exclue « *l'exercice de prérogatives de puissance publique* ». Le texte ne s'appliquera donc pas aux obligations mettant en jeu la responsabilité de l'État « *pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la puissance publique* ». Il ne s'appliquera pas aux matières fiscales, douanières. Ces matières étant régies par les Règlements UEMOA pour l'Afrique de l'Ouest. Il ne s'appliquera pas également aux obligations non contractuelles découlant de relations de famille, aux obligations alimentaires.

Le futur Acte uniforme s'appliquera à la responsabilité objective et à la responsabilité délictuelle pour faute. C'est ce qui résulte de la plupart des législations des États membres de l'OHADA. L'article 125 du RGO du Mali dispose que « *Toute personne qui, par sa faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence, cause à autrui un dommage est obligée de le réparer* ». Il en est de même du code des obligations civile et commerciale du Sénégal. Le futur Acte uniforme s'appliquera en réalité à la responsabilité civile extra-contractuelle et les quasi-contrats³²⁴.

³²³Règlement communautaire n° 864/2007 du 11 juillet 2007, dit Rome II (JOUE, n° L.199, 31 juill. 2007).

³²⁴Pour une application du Règlement Rome II aux obligations, voir O. Boskovic, « Règlement Rome II » (obligations non contractuelles), Rev.dr.int.privé, sept.2010, mis à jour avr.2015.

II La détermination de la loi applicable à la culpa in contrahendo

Il n'est guère utile d'insister sur ce fait bien connu que les contrats présentant un certain enjeu, notamment financiers, sont parfois le résultat d'importantes et longues négociations³²⁵. En principe, dans l'AUDCG et dans la plupart des États membres de l'OHADA, chaque partie s'avère libre de rompre à tout moment ces dernières et de préférer un autre contractant. Il s'agit là d'une expression de la liberté contractuelle, outil fondamental de toute économie de marché. Les potentiels co-contractants n'en doivent pas moins agir de bonne foi durant cette période pré-contractuelle³²⁶, au risque de voir leur responsabilité engagée. Et force est de constater que se multiplient aujourd'hui les actions destinées à sanctionner les ruptures abusives de pourparlers, que l'une des parties ait agi de mauvaise foi ou avec une légèreté blâmable³²⁷, une condamnation étant d'autant plus à redouter que les discussions étaient avancées et proches d'aboutir. La question s'est cependant posée de la nature contractuelle ou délictuelle d'une telle action. La jurisprudence et les législations du Mali et du Sénégal se sont prononcées avec fermeté en faveur de la qualification délictuelle.

Il n'est donc pas surprenant que, transposant cette qualification sur le terrain des conflits de lois, que nous nous emparions du sujet, d'autant que les négociations engagées entre entreprises africaines et européennes ne cessant de s'intensifier, l'élaboration d'une règle de conflit communautaire s'avérait urgente.

Que la responsabilité pour rupture des pourparlers révèle de la matière non contractuelle ne saurait aboutir à nier la dimension contractuelle de la situation. Il convient dès lors de se pencher sur l'élaboration de règles destinées à préciser le domaine de la loi applicable qui s'explique par les divergences apparues entre les États, notamment sur le terrain de la qualification, divergences qui, si elles n'étaient pas supprimées, risqueraient d'empêcher l'harmonisation envisagée par le Traité OHADA.

En s'inspirant du Règlement Rome II, le futur Acte uniforme adoptera de critères de rattachements. En tout premier lieu, « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* »³²⁸.

³²⁵P. Mousseron, « *conduite des relations contractuelles et responsabilité civile délictuelle* », RTD com, 1998, p.243 et s.

³²⁶P. Jourdain, « La bonne foi dans la formation du contrat », Trav. Ass. H. Capitant, 1992, p.121 et s.

³²⁷V. Cass. com., 22 févr. 1994, Bull. Civ, IV, n°79, RTD civ, 1994.849, obs. J.Mestre et B. Fages.

³²⁸Règlement Rome II, Article 12, § 1er .

La solution évite l'application de deux lois différentes, l'une relative à la qualification pré contractuelle de la rupture, l'autre à la sanction de celle-ci, en prévoyant l'application de la lex contractus désignée suivant les règles de la Convention de Rome, voire, en cas de vente, au regard de celles de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (le Niger a ratifié cette dernière convention).

En second lieu, en cas de vente, la loi applicable est la loi de la résidence habituelle du vendeur. En cas de vente d'objets matériels corporels, c'est la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Conclusion du Chapitre

L'AUDCG n'est pas un droit matériel complet. Il comporte des lacunes externes et des lacunes internes. Ces lacunes sont réglées soit par le recours aux règles de droit international privé, d'une part et d'autre part, par le recours aux principes généraux qui sous-tendent l'AUDCG ou par les règles de droit international privé en dernier ressort. L'application du droit international privé des États membres aboutit à des solutions insatisfaisantes. Il en résulte que le droit matériel AUDCG a besoin du droit international privé. C'est pourquoi l'adoption d'un Acte uniforme relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles est nécessaire. Celui-ci réalisera une heureuse harmonisation des règles de conflit des États membres dans un domaine aussi important que celui des délits, des quasi-délits et des quasi-contrats, ce qui constitue un argument de poids en faveur de son adoption. Il est heureux que les sujets de droit sachent et vérifient que leur situation sera appréciée identiquement dans ces États, sauf les cas, au demeurant invincibles, où une loi de police sera appliquée ou l'exception d'ordre public international mise en œuvre. Il importe aussi de se féliciter que le droit international privé africain comprenne enfin des règles précises dans le domaine des quasi-contrats. Il ne saurait toutefois être nié que seule l'adoption de l'Acte uniforme relatif aux obligations non contractuelles permettra de faire le bilan des avantages et inconvénients de ce texte.

Conclusion du Titre

L'unification du droit de la vente commerciale en Afrique ne s'est pas déroulée sans obstacles car le travail de conciliation entre les lois a fait face souvent à la réticence de certains États. L'apparition de nouveaux conflits de lois est dans ce cas évidente.

Le droit uniforme universel ou régional voire continental n'existe pas. Son application demeure limitée dans l'espace. En effet, tous les États africains n'ont pas adopté le droit uniforme. Les États membres de l'OHADA ne fonctionnant pas en vase clos; il conviendrait d'analyser leurs rapports avec les États tiers au regard des règles du droit international privé classique. En outre, l'AUDCG ne couvre pas tous les domaines de la vente commerciale. Il en est ainsi de la capacité, de certaines clauses contractuelles. Malgré l'incomplétude de l'AUDCG, certains auteurs ont affirmé qu'il supprimerait les conflits de lois en matière de vente commerciale. Toutefois, nous avons démontré dans nos développements que l'AUDCG lui-même ne réglemente pas tous les aspects juridiques de la vente commerciale. A cet égard, il contient des lacunes. Il convient en conséquence de recourir au droit international privé.

En définitive, l'AUDCG règle directement la question du droit matériel applicable. Il évite le processus en deux étapes; consistant d'abord dans l'identification de la loi applicable et puis dans son application; que le droit international privé exige. En d'autre terme, il garantit que les tribunaux des États membres de l'OHADA l'appliqueront indépendamment du pays dans lequel le procès se déroulera.

TITRE II LE CONFLIT SUBSTANTIEL NE DE L'INTERPRÉTATION DE L'AUDCG

L'interprétation uniforme des textes est un souci permanent des institutions internationales productrices de droit uniforme. C'est ainsi qu'Unidroit, s'est penché, à diverses reprises, sur ce problème, en organisant deux colloques internationaux, en 1959 et en 1963, et en œuvrant afin que soit assurée une meilleure information relative à la jurisprudence mettant en œuvre les textes de droit uniforme préparés sous son égide³²⁹. Quant à l'acte de naissance de la Commission des Nations Unies du droit du commerce international, ci-après, CNUDCI, il mentionne expressément l'interprétation et l'application uniformes des textes de droit uniforme. Dans le cadre du mandat général qui lui a été donné par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966, la CNUDCI s'est vue en effet confiée la tâche de rechercher « *les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international* »³³⁰.

Enfin, quant au droit OHADA, la fonction d'interprétation uniforme découle de l'alinéa 2 de l'article 14 du traité qui dispose que « *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.*

La Cour peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus ». Toutefois, il est bien connu que les risques de divergence d'interprétation des textes de droit uniforme sont l'une des plus graves menaces qui planent sur l'œuvre d'uniformisation du droit, que celle-ci soit de portée mondiale ou régionale³³¹. En effet, l'expérience malheureuse de la Convention de Genève sur la lettre de change et le billet à ordre du 7 juin 1930 a jeté durablement le discrédit sur l'entreprise générale d'uniformisation. Les interprétations divergentes et la réintroduction de la technique des conflits de lois auxquelles elle a donné lieu sont encore bien présentes dans les esprits et sont régulièrement citées par les adversaires de l'uniformisation³³².

L'AUDCG peut faire l'objet d'interprétations divergentes. En effet, il est un droit dérivé qui s'applique directement dans les relations internationales des États parties et dans leurs relations

³²⁹ Cl. Witz, « *La quête de l'universalisme dans l'interprétation* », Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, p. 54.

³³⁰ JurisClasseur, droit international, fasc. 571-20.

³³¹ Op. cit, note n°329.

³³² P. Lagarde, « *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?* », RCDIP, 1963, spéc. p. 314.

internes. Il doit être intégré dans les ordres juridiques internes des États membres. Une fois que l'AUDCG est inséré dans le droit interne des États parties, il tombe sous le coup de l'interprétation des juridictions étatiques.

Il en résulte que l'œuvre d'uniformisation entreprise par le Traité OHADA risque d'être détruite, plus ou moins rapidement, si les juges nationaux interprètent les Actes uniformes de manière divergente.

Ainsi, l'uniformisation de la vente commerciale n'empêche pas les conflits matériels d'interprétation. Ces conflits naissent de l'interprétation que peuvent donner les juridictions des différents États membres (**Chapitre I**). Le conflit naîtra également de l'interprétation que peuvent donner les arbitres dans la mesure où le Traité OHADA a consacré l'arbitrage comme étant le mode juridictionnel adéquat de règlement de différends commerciaux. Mais, coexistent dans l'espace OHADA l'arbitrage ad hoc régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, ci-après AUA et l'arbitrage institutionnel organisé selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA et administré par la CCJA en tant que centre d'arbitrage (**Chapitre II**).

CHAPITRE I LES CONFLITS D'INTERPRETATION DES JURIDICTIONS NATIONALES

Nous chercherons à déterminer si l'AUDCG, en uniformisant le droit substantiel de la vente, supprime le conflit de lois. Notre démarche consistera à examiner si des divergences d'interprétation peuvent affecter les jurisprudences des tribunaux des États membres du Traité OHADA (**Section I**) et proposer, si besoin est, des solutions (**Section II**).

SECTION I LES DIVERGENCES D'INTERPRETATION

L'interprétation est définie comme une « *opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose* »³³³. Elle constitue le propre de l'activité du juge³³⁴. Elle fixe le sens de la règle de droit. Elle peut concerner aussi bien les ambiguïtés du texte du droit uniforme que ses lacunes. Mais elle est aussi, « *un péril sans cesse menaçant qui guette le droit uniforme et qui, incontrôlé, risque de le miner à chaque instant* »³³⁵.

Pour assurer une meilleure interprétation et traduction du droit matériel de la vente commerciale et des intermédiaires de commerce, le Traité OHADA a institué une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ci-après, CCJA. Cette cour est chargée de l'interprétation de l'AUDCG. Son interprétation s'impose aux juridictions nationales qui sont les gardiens théoriques de cette interprétation uniforme. Dès lors, on peut affirmer que le Traité OHADA a conçu un système pour garantir l'interprétation des Actes uniformes en général et en particulier l'AUDCG (**Paragraphe I**). Mais la mise en œuvre de ce système est imparfaite à cause notamment de la résistance des juridictions suprêmes nationales mais aussi de l'insuffisante autorité des avis de la CCJA (**Paragraphe II**).

³³³V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois* », Thèse, Paris 1, 2008, spéc.117.

³³⁴B. Frydman, « *Le sens des lois: histoire de l'interprétation et de la raison juridique* », Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2005.

³³⁵M. Louis Marquis, « *L'interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personnifié par Marc-Antoine* », Revue de droit international de droit comparé, vol.54, n°1: janvier-mars 2002. p.99.

Paragraphe I : Un système conçu pour garantir l'interprétation uniforme de l'acte

L'interprétation peut être définie comme « *L'activité du juge tendant, d'une part, à déterminer la portée d'un texte ambigu ou obscur, et, d'autre part, à élaborer une solution lorsque le texte présente une lacune* »³³⁶. L'activité d'interprétation est le préalable nécessaire à l'application du texte normatif au cas concret. En ce qui concerne plus particulièrement l'AUDCG, l'uniformité doit être assurée dans tous les États membres de l'OHADA soit au niveau de l'interprétation soit au niveau de leur application, pour que le droit de la vente commerciale, des baux commerciaux et des contrats d'intermédiaire soit effectivement unifié.

L'AUDCG est le produit de la volonté commune de dix sept États africains d'uniformiser leurs législations dans le domaine de la vente commerciale.

Pour parvenir à l'interprétation uniforme de l'AUDCG, l'interprète devrait s'inspirer des quatre principes énoncés par le Pr. Mario Matteuci : le juge devrait rechercher dans la convention de droit matériel les critères lui permettant d'expliquer et de résoudre les questions rentrant dans son objet mais qui n'ont pas été tranchées par celle-ci. Si la Convention n'offre pas de critères d'interprétation, ceux-ci doivent être recherchés dans d'autres conventions ayant des affinités avec celui en question. L'interprète peut également se référer à la jurisprudence des tribunaux des États ayant adopté la Convention. Enfin, si une cour supranationale existe, l'interprète doit se conformer aux interprétations de cette dernière.

Si nous appliquons ces principes au droit matériel AUDCG, nous aurons le raisonnement suivant :

1°) L'interprète devrait rechercher d'abord dans l'AUDCG lui-même en utilisant - si possible, les travaux préparatoires - les critères lui permettant d'expliquer le sens de certaines expressions et de résoudre les questions qui, tout en rentrant dans l'objet de l'AUDCG, n'ont pas été expressément tranchées par celui-ci.

2°) Si l'AUDCG ou ses travaux préparatoires n'offrent pas de critères d'interprétation, ceux-ci pourraient être recherchés dans d'autres Actes uniformes en vigueur ou les droits nationaux ayant des affinités avec celui en question.

3°) L'interprète peut se référer à la jurisprudence des tribunaux des divers États ayant adopté l'AUDCG. Ce dernier étant le résultat d'une pensée juridique commune, l'interprétation de ses règles par les juges de chaque État signataire ne peut pas être sans autorité vis-à-vis des

³³⁶F. Osman « *Les principes du droit de la lex mercatoria, Contribution à un ordre juridique national* », préface de Eric Loquin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t.224, 1992, spéc. p .405 et s.

juges des autres États signataires.

4°) L'interprète doit se conformer aux interprétations de la CCJA.

C'est dans ces limites qu'il est permis de reconnaître à l'AUDCG une situation spéciale en matière d'interprétation vis-à-vis des autres branches de la législation et qu'on peut lui attribuer une « *autonomie relative* »³³⁷.

Toutefois, l'autonomie du droit uniforme est critiquée par certains auteurs qui pensent qu'il n'existe pas de droit uniforme autonome, mais des règles nationales issues de la convention unifiante³³⁸. Le Sénégal a intégré l'AUDCG dans son droit positif et à ce titre, il devient un droit comme un autre et doit être interprété par le juge national.

Nous ne partageons pas cette opinion. L'AUDCG est un droit autonome et doit être interprété en tant que tel. Si nous interprétons l'AUDCG comme nous interprétons les droits nationaux, nous introduirons la possibilité de conflits de lois. Le Traité OHADA a en théorie pallié aux divergences d'interprétation des Actes uniformes en donnant la mission aux juges nationaux d'interpréter en premier lieu l'Acte uniforme (I) et à la CCJA, juridiction supranationale de l'interpréter en dernier lieu et dont l'interprétation s'impose aux premiers (II).

I Le juge national, gardien théorique de l'interprétation uniforme de l'AUDCG

Le juge national est le juge naturel de l'AUDCG. Il est le juge de droit commun de l'interprétation et de l'application de l'AUDCG. Mais cette interprétation est autonome du droit national (A). Les moyens de garantir l'interprétation autonome de l'AUDCG par les juges sont prévus par divers textes (B).

A La nécessité d'une interprétation autonome

L'interprétation autonome de l'AUDCG signifie que le juge national doit se garder de l'interpréter à la lumière de son propre droit³³⁹. Le juge doit se garder de lire l'AUDCG à l'aide de ses lunettes de juriste national³⁴⁰. Il doit également éviter de transposer les méthodes d'interprétation de son propre droit. Mais en aucun cas les tribunaux saisis d'un litige tombant sous le coup de l'AUDCG ne devraient renoncer à leur pouvoir de l'interpréter directement. En effet, dans un arrêt rendu le 25

³³⁷ M. Matteucci, « *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme* », RCADI, Vol. 91, 1957-I, p. 402.

³³⁸ Op. cit, note n°334, p.151.

³³⁹ V. par exemple pour la CVIM, C. Witz, « *La quête de l'universalisme dans l'interprétation* », Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, p. 54.

³⁴⁰ V. par exemple pour la CVIM, F. Ferrari, « *CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters ?* », *La jurisprudence sur la C.V.I.M. : un nouveau défi pour les interprètes ?* », R.D.A.I. 1998, p. 495.

février 1947 (affaire Ghattas), la Cour de cassation française³⁴¹ a donné sa propre interprétation de l'article 38 du traité de Lausanne du 24 juillet 1923 relatif à la nationalité de la femme mariée³⁴².

S'agissant du droit OHADA, l'article 10 du Traité OHADA enjoint aux juridictions nationales de prendre en compte son caractère international en ce qu'il dispose que « *Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* »³⁴³. Ce faisant, les rédacteurs de l'AUDCG ont exprimé leur volonté de voir les organes étatiques tenir compte de l'obligation juridique internationale³⁴⁴ issue de la conclusion du Traité OHADA³⁴⁵. Cette obligation devrait en pratique se traduire par une obligation pour le juge de motiver l'interprétation donnée aux énoncés en tenant compte de leur origine internationale³⁴⁶.

En outre, l'uniformité de l'application du droit OHADA de la vente commerciale implique la prise en compte, par le juge national, de la jurisprudence du tribunal d'un autre État membre de l'OHADA relativement à la question posée. A cet égard, il est nécessaire que les juges nationaux motivent leurs décisions avec un soin particulier afin qu'elles puissent être prises en compte à l'étranger³⁴⁷. Il est souhaitable ainsi que les juges, dans leur motivation, se réfèrent à la jurisprudence existante, pour donner plus de poids à leur décision³⁴⁸. C'est en ce sens également qu'il doit y avoir « *interprétation autonome, indépendante de tout concept particulier d'un système légal particulier (...). L'uniformité peut uniquement être obtenue si l'interprète lors de son analyse tient compte de la*

³⁴¹ RCDIP, 1947, p. 444 note Niboyet.

³⁴² P. Lagarde « *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit* », RCDIP, 1963, p.239.

³⁴³ Voir l'article 10 du Traité OHADA.

³⁴⁴ l'article 10 du Traité OHADA dispose que « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

³⁴⁵ Sur ce point, F. Ferrari considère qu'« *en optant pour une interprétation « autonome » plutôt que pour une interprétation « nationaliste », qui par ailleurs contredit la ratio de la Convention, les rédacteurs ne résolvent en aucune façon tous les problèmes d'interprétation, de par le fait que ce choix est plus un choix politique qu'un choix de méthode ou de technique d'interprétation* », in « *Interprétation uniforme de la Convention de 1980 sur la vente internationale* », R.I.D.C, 1986, p.813.

³⁴⁶ K. Parrot, « *L'interprétation des conventions de droit international privé* », Thèse, Dalloz, 2006, spéc. p.268, n°375.

³⁴⁷ V. Cl. Witz, « *La quête de l'universalisme dans l'interprétation* », Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, p. 54. Voir également F. Ferrari, CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters ?, La jurisprudence sur la CVIM. : un nouveau défi pour les interprètes ?, RDAI 1998, p. 495.

³⁴⁸ Op.cit, note n°347, n° 252, p. 54.

*pratique d'autres États, de ce que les autres ont déjà fait »*³⁴⁹. Ce n'est d'ailleurs pas tant l'interprétation consacrée par la décision étrangère qui devrait être prise en compte que le raisonnement mené par les juges étrangers pour aboutir à son interprétation³⁵⁰. Le juge national devrait accorder une attention particulière aux éléments pris en compte par le juge étranger pour résoudre le litige.

La jurisprudence étrangère est considérée comme un fait. Dans ces conditions, il appartient aux parties d'invoquer la décision étrangère devant le juge national. Si aucune des parties au litige n'invoque de décisions étrangères au soutien de ses prétentions, aucune disposition du Traité OHADA ne contraint le juge étatique à se lancer dans une recherche systématique des décisions étrangères pertinentes pour pouvoir statuer.

Toutefois, à partir du moment où les parties produisent des décisions étrangères statuant sur une question déterminée, elles établissent la preuve de l'existence d'une question d'interprétation des règles d'origine internationale. L'existence de cette jurisprudence étrangère oblige le juge à motiver l'interprétation qu'il retiendra de l'énoncé international³⁵¹. C'est pourquoi, nous soutenons que le juge national ne doit pas interpréter l'AUDCG à la lumière de son droit national et ce contrairement à ce qu'affirmait le doyen Martin³⁵².

B Les moyens de garantir l'interprétation autonome

En droit OHADA, la fonction de recherche et de publication de la jurisprudence est assurée par le site Ohada.com³⁵³ et par le secrétariat permanent de l'OHADA qui permettent de relever les divergences d'interprétation et d'attirer ainsi l'attention des juridictions du fond sur celles-ci et d'y remédier.

³⁴⁹F. Ferrari, « *Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980* », RIDC, 1996, p.828-832.

³⁵⁰ Op. cit note n°646, spéc. p.266, n°372.

³⁵¹ Op.cit, note 338, p.269, spéc. n°375.

³⁵²En effet, le doyen Martin considérait que le droit international doit s'interpréter à la lumière du droit national. Il prônait l'application pure et simple de l'article 1156 du code Civil : « *Le traité s'interprète pour les juges français par référence aux dispositions correspondantes de la loi française, qui interviennent alors comme dispositions complémentaires des dispositions conventionnelles dont le sens n'a pas été clairement fixé par la convention* ». Voir Pierre Yves Gauthier, « *Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen* », Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p.330. Il convient de rappeler que l'application du droit OHADA a soulevé des problèmes d'inconstitutionnalité dans certains pays tels que le Sénégal.

³⁵³ Site internet d'accès libre et gratuit, création de l'UNIDA (Association pour l'unification du droit en Afrique).

Le juge national qui interprète l'AUDCG doit, de son propre chef, consulter la jurisprudence étrangère.

Enfin, pour échapper aux inconvénients inhérents aux divergences d'interprétation des juridictions nationales, l'OHADA a :

- créé une École régionale de magistrature (ERSUMA) basée à Porto Novo (République du Bénin), chargée d'assurer la formation initiale et continue des magistrats et des auxiliaires de justice dans tous les droits uniformes des affaires (OHADA)³⁵⁴ afin de les familiariser au droit uniforme. L'ERSUMA a également pour mission d'initier, de développer et de promouvoir la recherche en droit africain, d'œuvrer, en liaison avec la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les Hautes Juridictions des États membres, à une harmonisation de la jurisprudence et du droit, principalement dans toutes matières relevant du Traité, d'accomplir toute mission conforme au présent statut qui pourrait lui être assignée par le Conseil des Ministres de l'OHADA ou par le Conseil d'Administration.
- encouragé les plaideurs à recourir à l'arbitrage à travers deux instruments : un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et un Centre d'arbitrage³⁵⁵ sous l'égide de la CCJA.

En conclusion, l'intérêt de se conformer à la jurisprudence étrangère repose sur une volonté réelle des juges étatiques de coopérer. Les divergences d'interprétation pourront, à cet égard, peu à peu être réduites grâce à ce procédé si les juridictions témoignent d'une volonté de coopérer à l'élaboration de la signification juridique des énoncés de l'AUDCG.

Certains auteurs considèrent « *qu'il n'y a pas de loi commune lorsque l'unification législative ne s'est pas accompagnée d'une unification juridictionnelle. Le droit vu du côté des sujets, ne s'identifie pas à l'ordre du législateur; il est composé des règles que les tribunaux appliquent en fait. Autant d'ordres juridictionnels, autant d'ordres juridiques* »³⁵⁶. La seule interprétation uniforme de l'AUDCG ne pourrait être donnée que par un organe coiffant les juges nationaux.

³⁵⁴ J.I-Sayegh, « *Synthèse des travaux du Colloque sur le droit OHADA dans l'Océan Indien, Actualités et perspectives* ». Saint Denis de La Réunion, le 8 décembre 2009.

³⁵⁵ Op.cit, note n° 354.

³⁵⁶ P. Mayer et V. Heuzé, « *Droit international privé* », 7ème éd., Domat-Montchrestien, 2001, n°93, qui soulignent au point 94 que même si le traité n'est pas incorporé matériellement dans les droits internes, les risques de divergence d'interprétation subsistent, en l'absence d'une telle juridiction, mais restent préférables à l'application unilatérale des conceptions du for.

II La CCJA, organe théorique d'uniformisation de l'interprétation de l'acte

Le Traité OHADA correspond à une caractéristique profonde de l'édiction contemporaine des normes supranationales. En effet, il a posé des Actes uniformes (normes) et corrélativement une juridiction suprême a été établie pour en assurer l'application et donc l'interprétation.

Le droit uniforme procure à la fois la sécurité juridique (application du même droit des affaires dans tous les États membres; connaissance facile, par tous les justiciables, du droit des affaires applicables; identification d'une même source du droit et accès aisé au même instrument de publication; facilitation de la prévision du droit des affaires d'un pays à l'autre et meilleure définition des stratégies des entreprises; disparition des conflits des lois ...) et la sécurité judiciaire. Une fois de plus, le couple application-interprétation s'impose. En effet, tous les textes du droit OHADA ne sont pas clairs et il faut les interpréter avec des conséquences très concrètes pour la vie des justiciables, privés ou publics. En confiant à la CCJA la mission de veiller au respect du droit uniforme dans chaque État en se substituant aux juridictions nationales, elle assure l'unification de la jurisprudence aussi bien à travers sa fonction consultative (A) qu'à travers sa fonction juridictionnelle(B).

A La fonction consultative de la CCJA

L'AUDCG dispose de ses propres moyens de combattre efficacement la « dés uniformisation ». Ces moyens trouvent leur source dans le Traité OHADA. La fonction d'interprétation découle de l'alinéa 2 de l'article 14 du Traité qui a institué la CCJA. Cet article dispose que « (...) *La Cour peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus* ». Aux termes de cet article, tout État membre de l'OHADA ou toute juridiction nationale peut consulter la CCJA sur toutes les questions mettant en cause les Actes uniformes de l'OHADA.

La procédure consultative est régie par les articles 53 à 58 du Règlement de procédure de la CCJA. L'article 53 du Règlement de procédure de la CCJA dispose que « *Dans l'exercice des fonctions consultatives que lui confie le deuxième alinéa de l'article 14 du traité, la Cour applique les dispositions ci-après. Elle applique également, dans la mesure où elle le juge convenable, les autres dispositions du présent Règlement* ». La cour peut appliquer d'autres dispositions dudit Règlement si elle le juge approprié.

S'agissant de la demande d'avis émanant des États membres de l'OHADA, elle doit être présentée par requête écrite et accompagnée de tout document permettant d'élucider la question. C'est ce qui ressort de l'article 54 du Règlement de procédure de la CCJA en ce qu'il dispose que « *Toute demande d'avis consultatif émanant d'un État Partie ou du Conseil des Ministres est présentée par requête écrite. Cette requête formule, en termes précis, la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité. Il y est joint tout document pouvant servir à élucider la question* ». Cette demande est notifiée aux autres États parties qui peuvent formuler des observations écrites dans le délai fixé par le président de la Cour. C'est ce que prévoit l'article 55 alinéa 3 du Règlement de procédure de la CCJA en ce qu'il dispose que « *Les observations écrites ainsi déposées sont communiquées au demandeur et aux autres auteurs d'observations écrites. Ceux-ci sont admis à discuter les observations ainsi reçues dans les formes, mesures et délais fixés dans chaque cas par le Président. Ce dernier décide en particulier s'il y a lieu à audience* ». Ces observations écrites sont transmises à l'État requérant et aux autres États ayant formulé des observations. Il y a ainsi dialogue entre les États sur la réponse à donner à la question³⁵⁷.

C'est ainsi que par requête d'Avis consultatif en date du 6 décembre 1999 la République du Sénégal a saisi le secrétariat greffe de la CCJA pour solliciter son avis sur la portée des dispositions de l'ex article 449 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique, ci-après, AUSC-GIE qui disposait que « *Les cautions, avals, garanties et garanties à première demande souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers, font l'objet d'une autorisation préalable du Conseil d'administration. Le Conseil d'administration peut, dans la limite du montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général, selon le cas, à donner des cautions, avals, garanties ou garanties à première demande. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au delà duquel la caution, l'aval, la garantie ou la garantie à première demande de la société ne peut être donnée. Lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du Conseil d'administration est requise dans chaque cas...* ». L'État du Sénégal se posait la question si cette disposition s'appliquait aux banques et établissements financiers sachant que son ancienne législation sur les sociétés, excluait expressément ces organismes du champ des sociétés devant recourir à une autorisation préalable de leur Conseil d'Administration pour la garantie des engagements pris par des tiers.

³⁵⁷Voir, G.A Ngoumtsas, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires », Jcl., Dr. int. Fasc.170, spéc. 28, 24 nov.2014.

Conformément à la procédure prévue par l'article 55 alinéa 2 du Règlement précité, la République du Tchad a, le 10 février 2000, transmis ses observations au Sénégal. Elles ont été enregistrées au greffe de la CCJA, le 23 février 2000.

Le 26 avril 2000, sur le rapport du juge Joao Aurigemma CRUZ PINTO, la CCJA a émis l'Avis ci-après: « *Les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit l'objet, l'article 449 dudit Acte Uniforme s'applique aux Banques et aux Établissements financiers entrant dans cette détermination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte Uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* »³⁵⁸. Il en résulte que les Actes uniformes de manière générale abrogent les dispositions des droits nationaux qui leur sont contraires, d'une part et d'autre part, les États membres sont tenus de prendre des mesures nécessaires afin de rendre conformes leurs législations nationales aux Actes uniformes.

La CCJA a rendu également un avis, le 30 avril 2001, suite à la demande introduite par la République de Côte d'Ivoire, qui souhaitait être édifiée relativement à la portée abrogatoire des Actes uniformes sur le droit national des États parties à l'OHADA.

Répondant à la Côte d'Ivoire, la CCJA a affirmé que l'article 10 du Traité OHADA, selon lequel « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* », comporte une règle de supranationalité et une règle d'abrogation des dispositions de droit interne à la fois identiques et contraires aux Actes uniformes³⁵⁹. Cet avis de la CCJA du 30 avril 2001 restera pendant longtemps la référence incontournable pour toute personne qui souhaite comprendre la philosophie du droit OHADA.

Le Gouvernement du Mali a également saisi la CCJA pour avis quant à la conformité de son projet de loi sur l'habitat dont article 16 dispose que « *Lors d'une procédure d'exécution pour un financement à l'habitat, le débiteur ne peut prétendre à un délai de grâce s'il n'a régulièrement respecté les échéances pour s'être acquitté d'au moins la moitié de la créance en capital, et s'il*

³⁵⁸ CCJA, avis n°002/2000/EP, demande d'avis n°002/2000 du 6 déc.1999 de la République du Sénégal, ohada.com.

³⁵⁹ CCJA, avis n°001/2001/EP, demande d'avis n°002/200/EP du 19 octobre 2000 de la République de Côte d'Ivoire., ohada.com.

accuse un retard de plus de trois échéances à la date de la demande » à l'article 39 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies et d'Exécution qui dispose que « Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliment et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou garantir le paiement de la dette ».

Conformément à la procédure prévue à l'article 55 alinéa. 2 du Règlement de procédure de la CCJA, la République du Bénin a transmis ses observations au Mali, le 18 août 1999. Elles ont été enregistrées au greffe de la Cour le 14 septembre 1999.

Par avis en date du 13 octobre 1999 et sur le rapport de Monsieur Jacques M'BOSSO, Premier Vice-président, la CCJA a émis l'Avis ci-après : *« L'article 10 du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique ayant affirmé la force obligatoire des Actes uniformes et leur supériorité sur les dispositions de droit interne des États parties et les articles 336 et 337 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ayant exclu toute possibilité de dérogation audit Acte uniforme dans les matières qu'il concerne, il s'ensuit que l'article 16 du projet de loi malien qui déroge à l'article 39 de l'Acte uniforme en ce qu'il édicte des conditions nouvelles, impératives et restrictives pour le bénéficiaire du délai de grâce, est contraire et incompatible avec l'article 39 précité ».*

Enfin la demande d'avis peut émaner d'une juridiction nationale saisie d'un litige entrant dans le champ du droit OHADA. Cette demande ne peut émaner que du juge et non des parties. L'article 56 prévoit en ce sens que *« Toute décision par laquelle une juridiction visée à l'article 14 du traité sollicite un avis consultatif est notifiée à la Cour à la diligence de cette juridiction. Cette décision formule en termes précis la question sur laquelle la juridiction a estimé nécessaire de solliciter l'avis de la Cour pour rendre son jugement. Il y est joint tout document pouvant servir à élucider la question ».*

Par ailleurs, les parties ont seulement le droit de recevoir notification de la demande et de formuler les observations écrites ou de discuter celles formulées par d'autres correspondants. En effet, l'article 57 du Règlement de procédure de la CCJA dispose que *« Le Greffier en chef notifie immédiatement toute demande d'avis consultatif émanant d'une juridiction visée à l'article 14 du*

traité aux Parties en cause devant cette juridiction. Il la notifie en outre aux États Parties aux traités.

(...) Les observations écrites ainsi déposées sont communiquées aux auteurs d'autres observations écrites. Ceux-ci sont admis à discuter les observations ainsi reçues dans les formes, mesures et délais fixés dans chaque cas par le Président. Ce dernier décide en particulier s'il y a lieu à audience ».

Les avis sollicités par les juges nationaux sont plus rares, signe de la difficulté à faire fonctionner le dialogue des juges³⁶⁰.

La CCJA est donc un moyen d'unifier l'interprétation et l'application des Actes uniformes non seulement dans sa fonction consultative mais également dans sa fonction juridictionnelle.

B La fonction juridictionnelle de la CCJA

Il convient d'abord de préciser le champ de compétence matérielle de la CCJA (1) avant d'aborder les relations entre cette dernière et les cours suprêmes nationales (2).

1. La compétence matérielle de la CCJA

La CCJA est saisie comme cour de cassation supranationale pour tout contentieux relatif à l'application des Actes uniformes (a). Elle peut être saisie par recours d'une partie contre l'arrêt rendu par une cour d'appel nationale ou sur renvoi d'une juridiction nationale impliquant l'application d'un Acte uniforme (b).

a) La CCJA, juridiction d'attribution des Actes uniformes

Aux termes de l'article 14, paragraphes 3 et 4, du traité, la CCJA est compétente pour connaître des pourvois en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions de fond d'un État partie, lorsque les affaires concernées soulèvent des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements. Il convient de rappeler qu'il s'agit des décisions rendues par les juridictions nationales d'appel. En effet, l'article 13 du Traité OHADA dispose que « *Le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties* ».

Les juridictions nationales sont donc juges de droit commun de l'application du droit OHADA. La CCJA n'a qu'une compétence d'attribution ; elle veille à la bonne application de ce droit.

³⁶⁰V. cependant, en plus de l'avis n° 01/2006/JN, préc., avis n° 001/99/JN, 7 juill. 1999, sollicité par le tribunal judiciaire de première instance de Libreville, *Ohada.com/Ohadata J-02-01 : RD aff. int. 1999, p. 677 s., obs. P. K. Agboyibor*).

La compétence de la CCJA est précisée par les articles 28, 28 *bis* et 28 *ter* nouveaux du Règlement de procédure de la CCJA.

En premier lieu, l'article 28 nouveau du Règlement de procédure de la CCJA dispose que: « *Le recours indique les Actes uniformes ou les Règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour* ». La CCJA n'est donc compétente que dans les litiges où l'application des Actes uniformes est en cause.

En second lieu, l'article 28 bis du Règlement précité dispose que: « *Le recours en cassation est fondé sur : - la violation de la loi,- l'incompétence et l'excès de pouvoir,- la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité,- le défaut, l'insuffisance, ou la contrariété des motifs, - l'omission ou le refus de répondre à des chefs de demande,- la dénaturation des faits de la cause ou des pièces de la procédure,- le manque de base légale,- la perte de fondement juridique, - le fait de statuer sur une chose non demandée ou d'attribuer une chose au-delà de ce qui est demandé* ».

Cette compétence fait de la CCJA une Cour de cassation communautaire unique pour toute question relative à l'application ou à l'interprétation du droit primaire ou dérivé de l'OHADA³⁶¹. En effet, le droit matériel issu des Actes uniformes peut facilement donner lieu à des pourvois en cassation parce qu'il crée des droits subjectifs dans le chef des justiciables. Il peut ainsi être invoqué par ces derniers devant les juges du fond nationaux et, le cas échéant, donner lieu à un pourvoi en cassation devant la CCJA³⁶². Le nouveau Règlement prévoit les cas d'ouverture à cassation en les énumérant à l'article 28 bis nouveau ci-dessus cité.

Par ailleurs, la CCJA est compétente pour évoquer les faits et le droit lorsque le litige concerne un Acte uniforme. Ce pouvoir d'évocation est l'un des traits caractéristiques de la CCJA. L'article 14, paragraphe 5, du traité est clair sur ce point: « *En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond* ». Lorsque la CCJA rejette un pourvoi en cassation, sa situation est analogue à celle d'une Cour de cassation classique. Mais dans l'hypothèse où elle casse la décision du juge national du fond, elle ne renvoie pas l'affaire devant une autre juridiction nationale. Elle évoque et statue sur le fond³⁶³. Elle exerce ainsi un pouvoir traditionnellement réservé aux juges du fond, celui de juger à la fois des

³⁶¹ V. J. Issa Sayegh, La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Mél. R.Decottignies : Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 175).

³⁶² V. G.A Ngoumtsa, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires », Jcl., Dr.int. Fasc.170, spéc.30, 24 nov. 2014.

³⁶³ V. CCJA, arrêt n° 005/2009, 5 févr. 2009, *Sté SEEG* : Rec. CCJA 2009, n° 13, p. 117. – CCJA, arrêt n° 011/2009, 26 févr. 2009, *Sté Tamoil SA* : Rec. CCJA 2009, n° 13, p. 121. – CCJA, arrêt n° 038/2009, 30 juin 2009, *Bicec* : Rec. CCJA 2009, n° 13, p. 153.

faits et du droit, alors qu'elle tient lieu de juge de cassation. Ce pouvoir fait de la CCJA un troisième degré de juridiction³⁶⁴.

Après avoir déterminé le champ de compétence matérielle de la CCJA, il convient de préciser sa procédure de saisine de la CCJA par les parties et les juridictions nationales.

b) La saisine de la CCJA

Dans sa fonction juridictionnelle, la CCJA peut être saisie par les parties et les juridictions suprêmes nationales ou sur renvoi des juridictions nationales de second degré.

S'agissant des parties, la saisine de la CCJA par l'une des parties constitue l'hypothèse la plus fréquente dans la pratique. Elle peut avoir lieu dans deux hypothèses différentes. La première est celle d'un recours en cassation classique. Toute partie à un litige tranché en dernier ressort par les juges du fond nationaux peut directement se pourvoir en cassation devant la CCJA. Il suffit que l'affaire soulève des questions relatives à l'application des Actes uniformes. Aux termes de l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA, « *Lorsque la Cour est saisie par l'une des parties à l'instance par la voie du recours en cassation prévu au troisième et quatrième alinéas de l'article 14 du Traité, le recours est présenté au greffe dans les deux mois de la signification ou de la notification de la décision attaquée par l'Avocat du requérant dans les conditions fixées à l'article 23 du présent Règlement* ». Le pourvoi est présenté au greffe dans les deux mois de la signification de la décision entreprise par l'avocat du requérant. Le recours doit contenir les mentions obligatoires prévues par cet article. Lorsque le recours ne satisfait pas à ces conditions, le greffier en chef accorde au requérant un délai raisonnable pour le régulariser. Sans cette régularisation dans le délai accordé, la Cour se prononce sur la recevabilité du recours.

La CCJA peut être saisie par les cours de cassation nationales. L'article 18 du Traité OHADA dispose que « *Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée* ».

L'article 52.1 du Règlement de procédure de la CCJA dispose que « *Lorsque la Cour est saisie, conformément à l'article 18 du traité, d'un recours tendant à l'annulation d'un jugement par lequel une juridiction nationale statuant en cassation aurait méconnu la compétence de la Cour, ce*

³⁶⁴ V. E. Assepo Assi, « *La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ?* » : *RID comp.* 2005, n° 4, p. 943 s.

recours est immédiatement signifié par le Greffier en chef à toutes les Parties à la procédure devant la juridiction nationale ».

Il résulte de ces deux articles que lorsqu'une juridiction nationale de cassation a été saisie à tort d'un litige relevant du droit OHADA, toute partie au litige qui a soulevé sans succès l'incompétence de cette juridiction peut saisir la CCJA de l'affaire dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée. S'il s'avère que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort, sa décision est réputée nulle et non avenue. C'est ainsi que dans un arrêt *Société Delmas*, la CCJA a jugé que « *la Cour suprême de Côte d'Ivoire s'est déclarée compétente à tort pour examiner le pourvoi en cassation formé par GETMA-CI* » et « *déclaré en conséquence nul et non venu son arrêt n°24/05 rendu le 13 janvier 2005* »³⁶⁵. Dans les deux mois qui suivent la signification de cet arrêt d'annulation, toute partie devant cette juridiction nationale peut saisir la CCJA d'un pourvoi en cassation contre la décision du juge du fond national. C'est ce qui ressort de l'article 52, alinéa 4 du Règlement de procédure de la CCJA qui dispose que « *Si la Cour décide que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue. Toute Partie devant ladite juridiction peut dans les deux mois de la signification du jugement de la Cour saisir cette dernière d'un recours en cassation contre la décision du juge du fond dans les conditions prévues à l'article 14 du traité et aux articles 23 à 50 du présent Règlement* ».

La CCJA peut enfin être saisie par une juridiction nationale de cassation incompétente saisie d'un pourvoi en cassation soulevant des questions régies par un Acte uniforme. Cette saisine de la Cour dessaisit le juge national qui doit transmettre à la Cour l'ensemble du dossier conformément aux articles 15 du Traité OHADA et 51 du Règlement de procédure de la CCJA. Si la Cour considère que l'affaire ne relève pas du droit OHADA, elle renvoie à son tour à la juridiction nationale de cassation initialement saisie³⁶⁶. Ce jeu peut se résumer à un jeu de ping pong. Mais, pour un auteur il n'en résulte pas cependant un jeu de tennis illimité, car la procédure nationale qui était suspendue reprend alors son cours normal selon les termes de l'article 16 du traité³⁶⁷. Les cours de cassation

³⁶⁵V. CCJA, arrêt n° 038/2008, 17 juill. 2008, Sté Delmas Vieljeux : Rec. CCJA 2008, n° 12, p. 150. – V. dans le même sens, CCJA, arrêt n° 015/2008, 24 avr. 2008, SGBCI et a. : Rec. CCJA 2008, n° 11, p. 114. – CCJA, arrêt n° 028/2008, 30 avr. 2008, Sté OLAM Burkina : Rec. CCJA 2008, n° 11, p. 119.

³⁶⁶ Pour un arrêt renvoyant expressément à la Cour de cassation de Côte d'Ivoire qui avait initialement saisi la CCJA par renvoi, V. CCJA, arrêt n° 013/2009, 26 févr. 2009, Sté Eka Benya : Rec. CCJA 2009, n° 13, p. 30.

³⁶⁷G.A. Ngoumtsa, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », Jcl. dr. Int., Fasc. 170, 24 nov. 2014.

nationales et la CCJA sont donc appelées à coopérer ensemble au fonctionnement harmonieux de la justice communautaire.

2. Le partage de compétences entre la CCJA et les cours suprêmes nationales

Il existe une relation de coexistence entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales. En effet, il existe des situations où le droit national et le droit communautaire régulent le même objet, mais dans des dimensions différentes et avec des préoccupations qui ne sont pas forcément identiques. Cette relation de coexistence pacifique a été érigée de sorte qu'il n'y ait pas de conflits entre les juridictions suprêmes nationales et la CCJA, cour supranationale.

En effet, comme nous l'avons rappelé supra, la CCJA n'a qu'une compétence d'attribution en matière de contentieux relatifs aux Actes uniformes. Cette compétence d'attribution résulte de l'article 14 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, la CCJA assure dans les États-Parties l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes. S'agissant du droit substantiel, la CCJA n'est compétente que pour connaître des matières qui ont fait l'objet d'Actes uniformes. Il en est ainsi pour le moment du droit des sûretés, du droit commercial général, du droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, du droit de l'arbitrage, du droit comptable, et du droit des contrats de transport des marchandises par route, du droit des procédures collectives, du recouvrement des créances etc.

Les juridictions suprêmes nationales ne connaissent que des litiges qui ne portent pas sur les domaines harmonisés. Il s'agit du droit des contrats, du droit pénal, du droit fiscal, du droit social etc. Mais cette situation affecte énormément les juridictions suprêmes nationales qui se voient dépouillées de l'essentiel de leur mission. Cette situation amène souvent ces dernières à se déclarer compétente dans des matières où elles ne le sont pas avec la complicité de certains plaideurs³⁶⁸.

Mais le mécanisme de substitution imaginé par les rédacteurs du Traité OHADA, l'existence de la CCJA est susceptible d'engendrer des relations conflictuelles avec les juridictions nationales, ce d'autant que le Traité OHADA est muet lorsqu'il s'agit d'un litige intéressant le droit uniformisé et le droit national. Il n'est évidemment pas impossible d'imaginer cette situation. Comment faut-il, dans ce cas, régler le partage de compétence entre les juridictions nationales suprêmes et la CCJA ? Faut-il attribuer compétence pour l'intégralité du litige à la CCJA ? Ou au contraire à la juridiction nationale suprême ? Faut-il former deux pourvois en cassation contre la même décision ? L'un devant la Cour suprême nationale et l'autre devant la CCJA ? Cette situation n'est pas anecdotique dans un

³⁶⁸Pour plus de développements, voir notre paragraphe II, II du présent Titre.

espace communautaire³⁶⁹. En Europe, elle se résout par le mécanisme du renvoi préjudiciel que le Traité OHADA a ignoré. Dans l'espace OHADA, il n'y a pas de jurisprudence établie en la matière tels que l'attestent les arrêts SNAR de la Cour Suprême du Niger³⁷⁰.

Le partage de compétence s'est manifesté également en matière de recouvrement de créances. Il s'agit de l'affaire Pamol Plantations Ltd c/ C.N.P.S. et Ehongo Nemès Alexandre rendu par la Cour suprême du Cameroun³⁷¹. En l'espèce, deux décisions des juridictions de fond avaient condamné la société Pamol Plantations Ltd à payer à Maître Ehongo Nemès Alexandre la somme de 84 559 600 Fcfa de frais de recouvrement et de 2 500 000 Fcfa à titre de dommages-intérêts pour résistance abusive à s'acquitter du principal. C'est contre la décision confirmative d'appel que la société Pamol Plantations Ltd s'est pourvue en cassation devant la Cour suprême du Cameroun. Les défendeurs au pourvoi invoquaient l'incompétence de cette juridiction tirée d'une part, de la forme commerciale de la société Pamol Plantations Ltd et d'autre part, de la nature de la créance (frais de recouvrement de créances). Ils demandaient donc aux hauts magistrats de renvoyer l'affaire devant la CCJA. Leur argumentation n'est malheureusement pas suivie par la Cour suprême qui se reconnaît compétente, au moins à titre transitoire, pour connaître des litiges de recouvrement de créances.

L'arrêt de la Cour suprême du Cameroun invite à réfléchir sur les procédures de recouvrement des créances, et plus précisément sur la répartition des compétences à faire en la matière, s'il y a lieu, entre la CCJA, juridiction régionale, et les Cours suprêmes nationales³⁷². Ce critère de délimitation doit être recherché dans le Traité OHADA et les Actes uniformes eux-mêmes.

Comme on le voit, l'institution de la CCJA est un système pertinent qu'il convient d'étudier.

³⁶⁹ Op. cit, note n°368.

³⁷⁰ Pour plus de développements, voir notre Paragraphe II, II de la présente section.

³⁷¹ Cour Suprême du Cameroun, Arrêt du 17 novembre 2000 confirmant le jugement du Tribunal de Grande Instance du Wouri (Jugement n°716 du 07 août 1998), et l'arrêt de la Cour d'appel du Littoral à Douala (arrêt n°59/C du 17 décembre 1999). Nous reviendrons sur cet arrêt dans notre paragraphe II, II de la présente section.

³⁷² F. Anoukaha, « *La délimitation de la compétence entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage OHADA et les Cours Suprêmes nationales en matière de recouvrement de créances* », Juris périodique n°59, juillet-décembre 2004, p.118.

C La pertinence du système OHADA

Le rôle de la CCJA est d'uniformiser l'interprétation des Actes uniformes de l'OHADA. Elle est l'unique autorité permettant de définir une seule interprétation. Elle est compétente pour connaître des pourvois en cassation avec pouvoir d'évocation du fond, après cassation, dans toutes les matières régies par les Actes uniformes comme nous l'avions rappelé ci-dessus. Elle assure ainsi l'application et l'interprétation uniformes du droit OHADA des affaires. A ce titre, elle élimine la dualité d'interprétations.

Pour mieux assurer l'application et l'interprétation uniformes du droit OHADA des affaires, la CCJA a décidé de publier toutes ses décisions dans un recueil semestriel. Ce dernier est un organe de la CCJA. La jurisprudence de la CCJA est relayée ensuite par la revue *Juris-Ohada* (publication ivoirienne du CNDJ, Centre national de documentation juridique) et le site *Ohada.com*³⁷³ afin qu'elle soit bien connue des juridictions du fond.

En confiant la mission d'interprétation des Actes uniformes à la CCJA, les rédacteurs du Traité OHADA ont révolutionné le droit uniforme, puisque, avant lui, la CVIM n'a pu obtenir l'institution d'une juridiction suprême chargée de l'interpréter. Ainsi, le caractère uniforme de l'AUDCG est garanti en théorie par l'existence de la CCJA, chargée en dernier ressort de trancher les questions d'interprétation.

L'existence d'une juridiction suprême en droit uniforme a pu être qualifiée d'utopique³⁷⁴. En effet, pour les tenants de ce courant de pensée, l'existence d'une juridiction propre au droit uniforme serait contradictoire avec la simplification et la réduction du délai de règlement des litiges³⁷⁵. De plus, le recours devant une juridiction supplémentaire, surtout s'il n'était possible d'y accéder qu'après épuisement des voies de recours internes ne présenterait d'ailleurs pas grand intérêt pour des parties censées rechercher un règlement rapide de leur différend³⁷⁶.

Ensuite, on a reproché à la CCJA d'être éloignée des justiciables. En effet, son siège est situé à Abidjan (République de Côte d'Ivoire) tandis que les justiciables ou opérateurs du commerce international résident dans dix-sept États membres. La distance et les frais de procédure pourraient être un frein à l'enthousiasme des justiciables.

³⁷³ Site internet d'accès libre et gratuit qui est une création de l'UNIDA (Association pour l'unification du droit en Afrique).

³⁷⁴ V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et les conflits des lois* », thèse, Paris 1, 2008, spéc. p. 208.

³⁷⁵ Op. cit., note n°374.

³⁷⁶ Op. cit., note n°374.

Enfin, l'existence d'une cour supranationale attise l'opposition des cours suprêmes nationales et entraîne des conflits entre les deux juridictions comme nous l'avons rappelé ci-dessus. En effet, Le monopole du droit des affaires OHADA par la CCJA est mal vécu par ces dernières qui n'hésitent pas à connaître des pourvois en cassation en droit uniforme des affaires dirigés vers elles grâce à la connivence des plaideurs, connivence dans laquelle, un auteur a pu voir une « *convention d'attribution territoriale de compétence* »³⁷⁷. Si cette démarche paraît pragmatique, elle est sans doute illicite et critiquable surtout si la cour suprême nationale ne censure pas la présumée compétence d'attribution juridictionnelle³⁷⁸ ou si elle ne se déclare pas incompétente.

Ces affirmations ne sont que partiellement vraies.

D'abord, il est vrai que le commerce international a besoin de célérité. L'institution d'une juridiction suprême, rallonge les délais de procédure au détriment des parties et des affaires. Toutefois, la CCJA joue le rôle de juridiction de cassation en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit OHADA. A cet égard, les transactions gagneraient en sécurité juridique.

Enfin, s'agissant de l'éloignement de la CCJA des justiciables ou des opérateurs du commerce international, une solution pourrait être d'organiser des audiences foraines dans l'espace OHADA afin de rapprocher la justice des justiciables.

Ainsi, il nous semble que sur le principe, le système institué pour l'interprétation uniforme de l'AUDCG est pertinent, même s'il pourrait être amélioré. Cependant l'efficacité de ce système se trouve minée en l'état à cause de la portée juridique incertaine des avis de la CCJA.

Paragraphe II : Un système dont la mise en œuvre est imparfaite

Le Traité OHADA et la jurisprudence de la CCJA n'ont conféré aucune portée juridique aux avis de la CCJA (I). A l'incertitude juridique des avis s'ajoute la réticence des acteurs du droit OHADA à saisir la CCJA (II). Cette situation fait du système CCJA, une œuvre imparfaite.

I L'insuffisante autorité juridique des avis de la CCJA

La CCJA a trois fonctions : consultative, juridictionnelle et d'administration des arbitrages. Les décisions rendues dans sa fonction consultative n'ont pas la même valeur que les arrêts qu'elle rend dans sa fonction juridictionnelle ou l'exequatur qu'elle accorde à une sentence arbitrale rendue sous son égide. Mais c'est essentiellement les avis qu'elle rend qui nous intéressent dans la présente

³⁷⁷J. Issa-Sayegh, « *Synthèse des travaux du Colloque sur le droit OHADA dans l'Océan Indien, Actualités et perspectives* ». Saint Denis de La Réunion, le 8 décembre 2009.

³⁷⁸ Op. cit, note n°377.

étude.

Il convient juste de rappeler que les arrêts rendus par la CCJA sont obligatoires et exécutoires de plein droit sur le territoire des États membres de l'OHADA. Les arrêts de la CCJA sont revêtus de l'autorité de la chose jugée alors que les avis n'ont aucun caractère contraignant tel qu'il résulte du Traité OHADA (A), ce qui explique la rareté des avis (B).

A La portée juridique incertaine des avis

Les avis de la CCJA sont normalement facultatifs. Aucun texte du Traité OHADA ne leur confère un caractère obligatoire pour ceux qui les sollicitent. Cependant, un auteur a pu dire que, lorsque la demande émane d'une juridiction nationale, la perspective d'un recours en cassation devant la CCJA contre sa décision peut naturellement l'amener à tenir compte de ces avis³⁷⁹.

Ce point de vue est partagé par un autre auteur pour qui les avis donnés par la CCJA ont une valeur délibérante en lieu et place de la traditionnelle fonction consultative reconnue qui leur est attribuée³⁸⁰. D'après cet auteur, lorsque les demandeurs d'avis sont dans une situation délicate qui nécessite absolument l'éclairage de la CCJA (le cas d'une juridiction nationale appelée à statuer sur une question de droit par exemple, mais qui demeure suspendue à la réaction de la CCJA), l'avis devient obligatoire³⁸¹. Pour lui, cette situation contribue à faire avancer le droit uniforme, à condition toutefois que, l'avis ne s'écarte ni de la lettre, ni de l'esprit du droit que la cour incarne³⁸². La juridiction nationale doit donc adopter une démarche cohérente de nature à vaincre la soif du droit du demandeur et de contribuer à l'implantation du droit OHADA dans la sous-région. C'est justement sur ce dernier point, pense l'auteur qu'il faut reconnaître la prouesse du législateur OHADA, car tous les avis rendus par la CCJA jusqu'à ce jour sont respectés par les parties intéressées. C'est à partir de cette échelle d'appréciation que l'auteur reconnaît aux avis de la CCJA une valeur délibérante, au même titre que les décisions de justice. Enfin, il relève que la force reconnue aux avis de la CCJA provient de l'acte de volonté délibéré des demandeurs, lesquels acceptent de leur propre gré les effets des avis et non parce qu'ils ont une valeur obligatoire³⁸³. Ainsi, les avis demandés par le gouvernement ivoirien à propos de la portée abrogatoire de l'article 336 de l'AUSC-GIE, celui du gouvernement sénégalais sur l'inexistence du poste de Vice-président, ou celui du Mali sur l'incidence de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de

³⁷⁹ G. Anou. Ngoumtsa, « Juriclasseur, Droit international privé », fascicule 170, sept. 2010. mise à jour au 24 nov.2014

³⁸⁰ J. Gatsi, « *La jurisprudence, source du droit OHADA* », R.I.D.C, 2-2012, spéc. p.492.

³⁸¹ Op. cit, note n°380.

³⁸² Op. cit, note n°380.

³⁸³ Op. cit, note n°380.

recouvrement sur son projet de loi sur l'Habitat, ou enfin celui du gouvernement Gabonais sur le régime des nullités, n'ont jamais été remis en cause par les intéressés. Ces demandeurs ont reconnu la suprématie du droit OHADA sur leur droit national.

Nous ne partageons que partiellement cette opinion. Les avis de la CCJA n'ont aucune portée obligatoire pour le juge qui l'a saisie. En outre, l'avis est une opinion sans force juridique obligatoire que donne la CCJA sur une question juridique donnée à la suite d'une demande faite par une juridiction nationale ou un organe précis du Traité OHADA.

L'avis naît d'une consultation, et n'est pas une décision juridique au sens strict du terme. En effet, les avis ne sont revêtus ni de l'autorité de la chose jugée, ni de la force obligatoire, caractères indispensables reconnus aux seules décisions de justice. Ce sont des instruments d'orientation des comportements. Ils s'adressent aux États et acteurs économiques. Cela laisse le choix à la partie qui a demandé l'avis, soit de se soumettre à la position de la CCJA, soit de passer outre l'avis juridique et ce, sans qu'aucune action coercitive ni contraignante soit engagée à son encontre. En l'état actuel du droit uniforme, aucune disposition du Traité OHADA sanctionnant la violation de l'éclairage d'un avis de la CCJA n'existe. Cela renforce le rôle secondaire de l'avis de la CCJA, non seulement au regard de ses propres arrêts, même aussi à l'égard d'une décision de justice d'une instance juridictionnelle de premier degré³⁸⁴.

Par ailleurs, parmi les avis cités, il n'y a aucune juridiction nationale qui a sollicité l'avis de la CCJA. Ce qui relativise un peu la réflexion des auteurs ci-dessus cités, à l'exception de l'avis sollicité par le Tribunal de première instance du Cameroun.

Les avis cités ne concernent que les États parties au Traité OHADA. Or l'OHADA est un traité, ce qui implique que les États qui l'ont signé ont des obligations positives. C'est-à-dire qu'ils doivent respecter leur engagement international. En ratifiant le Traité OHADA, les États se sont engagés à rendre conformes leurs législations à la réglementation matérielle internationale. Si un État se soustrait à cette obligation, il engage sa responsabilité internationale.

Enfin, les avis rendus par la CCJA demeurent encore très limités et peu efficaces. Ils sont très peu suivis par les juridictions nationales des États parties³⁸⁵. Cet état de fait peut être expliqué par l'état de la doctrine africaine. Cette dernière devrait jouer un rôle de relais auprès des juridictions africaines pour la promotion et l'interprétation uniforme du droit OHADA.

³⁸⁴Op. cit, note n°380.

³⁸⁵F. Onana Etoundi, « *L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA* », Penant, n°865, 2004.

Il reste donc à la CCJA d'affirmer la valeur délibérante de ses avis juridiques lesquels constitueront un élément dans la construction jurisprudentielle du droit OHADA. Mais face à la réticence des acteurs de saisir la CCJA, les avis demeureront rares.

B La rareté des arrêts

L'article 14, paragraphe 2, du Traité OHADA consolidé prévoit que la CCJA peut être consultée sur toute question relative à l'interprétation et à l'application du traité, des règlements, des Actes uniformes et des décisions. Cet avis consultatif peut même être sollicité par une juridiction nationale de fond saisie d'une question mettant en jeu l'application des Actes uniformes. Dans ce cas, il y a un véritable dialogue entre la CCJA, juge communautaire suprême et le juge national, juge « *de droit commun* »³⁸⁶. En effet, ce sont les juridictions nationales qui jugent les questions de droit OHADA en première instance et en appel. L'article 14 du traité fondateur prévoit que seuls les « *États-Parties* », le Conseil des Ministres et les juridictions nationales ont la faculté de poser des questions relatives à l'application des Actes uniformes à la CCJA.

Les parties peuvent, toutefois, demander dans leurs conclusions à la juridiction saisie du fond de poser une question préjudicielle d'interprétation à la CCJA³⁸⁷. Quand à la juridiction nationale saisie, elle n'a aucune obligation de saisir la CCJA. Elle, dispose d'un pouvoir discrétionnaire contre lequel les parties au litige n'auront aucun recours en cas de non saisine de la CCJA³⁸⁸.

Cependant, l'institution d'une cour suprême chargée d'interpréter le droit OHADA a des limites dans la pratique. Le juge national pourrait tirer profit du fait qu'il est souverain pour ne pas renvoyer une affaire devant les juges de la CCJA. Il peut également soutenir que l'interprétation d'une disposition du droit uniforme relève de son pouvoir souverain d'appréciation.

Aux termes de l'article 13 du Traité OHADA, les juridictions nationales chargées de régler le contentieux des Actes uniformes en première instance et en appel peuvent saisir la CCJA d'une demande de consultation sur des questions d'interprétation et d'application des Actes uniformes. La saisine de la CCJA n'est envisageable que pour un contentieux déjà né et pendant devant la juridiction qui souhaite l'éclairage de la Cour.

³⁸⁶J.-S. Bergé et S.Robin-Olivier, « *Introduction au droit européen* » : PUF, coll. Thémis droit, 2008, n°526, p.398. Voir également, Ami Barav, « *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne* » : Bruylant, 2011, p.1.

³⁸⁷ Ch. Nègre, « *L'insécurité judiciaire: un obstacle à l'efficacité du droit OHADA* » RDA/IBLJ, n°6, 2008, p.758.

³⁸⁸ Op. cit , note n°387.

Cet article appelle de notre part deux observations :

- La première est qu'il sert de support au développement de l'interprétation autonome de l'AUDCG. Il permet également de lutter contre les risques de divergences. C'est ainsi que, par un arrêt du 28 avril 2011, la Cour suprême du Cameroun a renvoyé les parties devant la CCJA au motif qu'elle ne pouvait pas interpréter les dispositions de l'article 18 de l'AUDCG. Elle a retenu qu'aux termes de l'article 14 du Traité de l'OHADA, « *La CCJA assure dans les États parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes* »³⁸⁹. Il résulte de cet article que les juridictions suprêmes nationales sont incompétentes pour connaître des litiges relatifs aux Actes uniformes. Toute juridiction suprême nationale saisie doit renvoyer l'affaire conformément à l'article 51 du Règlement de procédure de la CCJA qui dispose que « *Lorsque la Cour est saisie conformément aux articles 14 et 15 du Traité par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie. Elle transmet à la Cour l'ensemble du dossier de l'affaire, avec une copie de la décision de renvoi. Dès réception de ce dossier, les Parties sont avisées de cette transmission par la Cour* ».
- La deuxième est qu'à l'examen de cette disposition, on se rend compte que l'initiative de la saisine de la CCJA revient seulement aux juridictions nationales à la demande des plaideurs. En outre, les parties au litige ne sont pas habilitées à solliciter l'avis de la Cour³⁹⁰. Ces dernières ont seulement le droit de recevoir notification de la demande et de formuler les observations écrites ou de discuter de celles formulées par d'autres correspondants³⁹¹. Cette situation combinée à la réticence des juridictions suprêmes nationales de se voir dépouillées de leurs prérogatives expliquent le taux très bas de demandes d'avis des juridictions nationales. Ainsi de sa création jusqu'en 2011, la CCJA n'a enregistré que très peu de

³⁸⁹Cour suprême du Cameroun, Chambre judiciaire, Section civile, arrêt n°117/civ, 28/04/2011, affaire Standard Chartered Bank c/ KOUO Nsane Lydienne.

³⁹⁰F. Onana Etoundi, « *Le rôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans la sécurisation juridique et judiciaire de l'environnement des affaires en Afrique* », Institut du droit des affaires internationales, Faculté de droit- Université du Caire.

³⁹¹Article 57 du règlement de la CCJA.

demandes de consultation émanant des juridictions nationales et a émis quelques avis consultatifs³⁹².

Cette rareté s'explique par la réticence des acteurs à saisir la CCJA.

II La réticence des acteurs

La réticence des acteurs du droit uniformisé OHADA s'explique par l'insuffisante collaboration entre les juridictions nationales et la CCJA (A), d'une part et, d'autre part de l'adhésion limitée au système juridictionnel institué par le Traité OHADA (B).

A L'insuffisante collaboration des juridictions nationales

L'insuffisante collaboration des juridictions nationales s'explique par leur désintérêt de saisir la CCJA (1) et l'opposition des cours suprêmes nationales qui se voient dépouillées de leur prérogative de juridiction de régulation (2).

1. Le désintérêt des juridictions nationales

Le désintérêt des juridictions nationales à l'endroit de la CCJA s'explique par le fait qu'elles n'ont pas l'obligation de saisir la CCJA. Aux termes de l'article 13 du Traité de l'OHADA, le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États Parties tandis que l'article 14, paragraphe 2, du Traité OHADA consolidé prévoit que la CCJA peut être consultée sur toute question relative à l'interprétation et à l'application du traité, des règlements, des Actes uniformes et des décisions.

Il ressort de cet article que les juridictions nationales sont des juridictions de fond. Ce qui se comprend aisément dans la mesure où le droit communautaire fait partie intégrante du droit interne. C'est pourquoi, les juridictions nationales ont tendance à traiter l'AUDCG comme du droit national. Donc, chaque fois qu'il y a un litige intéressant les Actes uniformes, le justiciable qui intente un procès est tenu de saisir d'abord les juridictions nationales d'instance; en cas de non-satisfaction, il saisira les juridictions nationales d'appel. Cependant, le Traité OHADA ne dit pas quelle juridiction

³⁹²CCJA avis n°001/99/JN du 7 juillet 1999 : Sur demande de consultation du Tribunal Judiciaire de Première Instance de Libreville, la CCJA a répondu que « l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés, le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite à peine de nullité n'a pas été observée sans qu'il soit besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice ».

sera compétente pour connaître de ce litige. Il donne la latitude aux États Parties de répartir cette compétence entre les juridictions d'instance.

Le Traité reconnaît ainsi une autonomie institutionnelle aux différents États dans la sanction du droit communautaire. En d'autres termes, il appartient aux États Parties d'organiser les compétences et procès destinés à sanctionner la violation du droit communautaire. Chaque État choisit donc la juridiction compétente du risque des disparités et de multiplicités d'application. En tout cas le principe de l'applicabilité directe du droit communautaire accorde au justiciable le droit de se prévaloir des dispositions du Traité OHADA devant les juridictions nationales. Si le justiciable n'est pas satisfait au terme de l'appel, il pourra alors saisir la CCJA qui est la juridiction de cassation en matière de contentieux d'Actes uniformes. Le justiciable ne saurait saisir directement la juridiction suprême communautaire.

Dans cette fonction contentieuse, le juge national a tendance à juger selon les règles de son droit national alors que le droit uniformisé respecte sa propre logique. Mais sa décision encourt la cassation dès qu'elle va à l'encontre de l'esprit du Traité OHADA.

L'article 14 du Traité OHADA comme nous l'avons rappelé ci-dessus donne la possibilité aux juridictions nationales de saisir la CCJA pour avis lorsqu'elles sont confrontées à des difficultés d'interprétation des Actes uniformes. Toutefois, nous l'avons également souligné ci-dessus que le juge national peut se déclarer souverain et refuser de saisir la CCJA pour avis. Cette réaction dénote la méfiance des juridictions nationales à l'égard de la CCJA.

Cette méfiance des juridictions nationales est doublée de l'opposition des cours suprêmes nationales qui peuvent connaître des litiges mêlant à la fois le droit uniforme et le droit national.

2. L'opposition des cours suprêmes nationales

L'existence d'une cour supranationale attise l'opposition des cours suprêmes nationales. Le monopole du droit des affaires OHADA par la CCJA est mal vécu par les juridictions nationales qui n'hésitent pas à connaître des pourvois en cassation mêlant droit uniforme des affaires et droits nationaux non harmonisés.

Il en résulte qu'il n'est évidemment pas impossible d'imaginer qu'un pourvoi en cassation implique à la fois, une ou plusieurs règles de droit uniforme et une ou plusieurs dispositions de droit national non harmonisées (droit civil ou droit processuel, par exemple). Comment doit-on, dans ce cas, régler le partage de compétences entre la CCJA et les juridictions nationales? Faut-il attribuer compétence exclusive pour l'intégralité du litige à la CCJA? Se pose ainsi, la question des conflits entre juridictions suprêmes nationales et la CCJA qu'il convient d'examiner ci-après.

La question des affaires « mixtes » mêlant droit uniforme et droit national, n'a pas, depuis le fameux arrêt Snar Leyma rendu le 16 août 2001 par la Cour suprême du Niger, qui s'était déclarée compétente, été tranchée par la CCJA et demeure une source potentielle de conflit à l'avenir³⁹³.

Cette affaire a été source de conflits potentiels, et donc, d'insécurité juridique pour les justiciables. En effet, elle intéressait à la fois des dispositions internes propres au droit processuel nigérien, d'une part et, d'autre part, des dispositions du droit OHADA relatives au droit des sociétés.

Les faits de l'espèce se résument ainsi: La Société Nigérienne d'Assurance et de Réassurance Leyma (SNAR Leyma), lors d'une assemblée générale de ses actionnaires, a décidé de l'ouverture de son capital à de nouveaux actionnaires par une opération de recapitalisation. C'est ainsi que le Groupe Hima Souley décida d'entrer dans le capital de la compagnie d'assurance, souscrivant alors à une partie des 70000 nouvelles actions émises. Les opérations de souscription, lesquelles étaient coordonnées par un notaire désigné par la SNAR Leyma, ont, par la suite, engendré un litige. Le Groupe Hima Souley reprochait à la compagnie d'assurance de n'avoir pas libéré toutes les actions comme elle le prétendait et voulait, pour cela, qu'une nouvelle assemblée générale des actionnaires soit convoquée pour examiner le problème, ce qu'avait refusé de faire la SNAR Leyma. Saisissant le Président du Tribunal de Niamey desdits faits par une requête datée du 20 avril 2001, le Groupe Hima Souley a pu obtenir, de la part de ce dernier, une ordonnance nommant un administrateur

³⁹³L. Ben Kemoun, « *Les rapports entre les juridictions de cassation et la CCJA* » : « *Aspects conceptuels et évaluation* », Penant, Revue trimestrielle de droit africain, n°860, spé. p.300; Pierre Meyer « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* » Revue Trimestrielle de droit africain, n°855, spé. p.163. V. Revue Burkinabé de droit, 2002, p.121 et s. Obs. Djibril Arbachi.

judiciaire chargé de convoquer une assemblée générale des actionnaires de la SNAR Leyma en vue de constater la libération des actions souscrites par le Groupe Hima Souley de même que sa qualité d'actionnaire. C'est contre cette ordonnance que la SNAR Leyma a interjeté appel devant la Cour d'Appel de Niamey qui a confirmé l'ordonnance attaquée par un arrêt du 23 mai 2001. La SNAR Leyma s'est pourvue en cassation devant la Cour Suprême du Niger contre l'arrêt confirmatif de la Cour d'Appel. Devant les juges du droit, le défendeur au pourvoi, le Groupe Hima, invoqua l'exception d'incompétence selon laquelle la Cour Suprême du Niger ne peut connaître de l'affaire car ayant trait aux Actes Uniformes, en l'occurrence, l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997, et que seule la CCJA avait compétence exclusive en la matière conformément à l'article 14 du Traité OHADA. La demanderesse au pourvoi, quant à elle, excipait principalement, à l'appui de sa requête, de la mauvaise application de l'article 809 du code de Procédure Civile disposant que « *les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal* ».

Au regard des faits sus relatés, il apparaît clairement que le litige portait tant sur l'AUSC-GIE que sur le droit processuel interne nigérien.

Estimant que le litige est purement d'ordre interne, la Cour suprême nigérienne s'est estimée compétente tandis que l'une des parties soutenait l'incompétence du juge national au profit de la CCJA.

Dans son examen du pourvoi, la Cour suprême du Niger rejette le moyen tiré de l'exception d'incompétence soulevée par le groupe Hima Souley. La haute juridiction nigérienne réfute la compétence de la CCJA au motif que celle-ci ne serait compétente que pour l'application des Actes uniformes. Autrement dit, elle décida de connaître de tout le contentieux car, pour elle, pour que la CCJA soit compétente, il faut que « *l'application des Actes Uniformes ait été prépondérante pour la prise de la décision attaquée et que le pourvoi soit surtout basé sur ces actes* ». On en déduit alors que le pourvoi en l'espèce étant essentiellement basé sur la violation d'une règle processuelle, un renvoi à la CCJA ne s'imposait donc pas.

La conjonction de moyens fondée sur des normes juridiques différentes, c'est à dire à la fois sur le droit interne et le droit uniforme, n'est, pourtant, pas exceptionnelle. Mais elle ne trouve, dans les relations instituées entre les juridictions nationales et la CCJA, aucune solution satisfaisante. Dès lors, la question se pose de savoir quelle sera la clé de répartition entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales si le contentieux porte à la fois sur les Actes uniformes et le droit interne d'un État partie.

Le juge suprême national pourra-t-il faire une application distributive des normes en cause ou poser une question préjudicielle à la CCJA?

Face à cette situation, certaines juridictions nationales de contrôle de légalité, lorsqu'elles sont saisies, peuvent décider de connaître de la partie du litige ayant trait au droit national, et renvoyer l'autre partie, relative aux Actes uniformes, à la connaissance de la CCJA.

Pour notre part, cette application distributive de compétence serait préjudiciable pour le justiciable et ralentirait considérablement les délais. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque la Cour suprême du Niger a jugé l'affaire conformément au droit processuel nigérien et a refusé de renvoyer les parties à mieux se pourvoir.

Par ailleurs, certains plaideurs formeraient, peut-être, deux pourvois, l'un devant la CCJA et l'autre devant la cour suprême nationale.

Cette procédure n'est pas, pour nous, un gage de sécurité juridique pour les opérateurs du commerce international.

Enfin, d'autres encore pourraient décider de former un seul pourvoi, mais avec deux moyens différents soumis à chacune des deux juridictions en cause, à telle enseigne que la juridiction suprême nationale serait contrainte de renvoyer le litige devant la CCJA après avoir réglé les questions relatives à son droit interne. Là également, cette procédure mettrait en cause la célérité voulue par les opérateurs du commerce international.

Pour nous, la solution de la Cour suprême du Niger est logique. En effet, pour que la CCJA soit compétente, il faut que « *l'application des Actes uniformes ait été prépondérante pour la prise de la décision attaquée et que le pourvoi soit surtout basé sur ces actes* ». Tel n'était pas le cas en l'espèce, comme le souligne à juste titre la haute juridiction nigérienne. Le pourvoi, en l'espèce, étant essentiellement basé sur la violation d'une règle processuelle, un renvoi à la CCJA ne s'imposait donc pas.

Par ailleurs, si les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique avaient été invoquées dès la première instance, dans l'affaire ci-dessus citée, il aurait suffi à la Cour suprême nigérienne de mettre en œuvre les dispositions de l'article 10 du Traité OHADA pour décliner sa compétence au profit de la CCJA ou de poser une question préjudicielle à cette dernière sur le droit des sociétés pour légitimer sa solution. Or, au cas particulier, il ne s'agissait que d'une question de procédure : le juge des référés a été saisi en vue de nommer un administrateur provisoire aux fins de procéder à la convocation d'une assemblée

générale des actionnaires laquelle devait statuer sur l'effectivité de la libération des actions litigieuses.

On notera, par ailleurs, que le juge suprême nigérien ne s'est pas prononcé sur le droit applicable au fond du litige. Le juge des référés est par excellence le juge de l'évidence. Il se ne prononce pas sur le fond du litige. Tel a été le cas en l'espèce.

Cet arrêt a fait dire à certains auteurs que la solution proposée par la Cour suprême du Niger témoigne d'une résistance des juges nationaux à l'application et à l'interprétation du droit uniforme par la CCJA et compromet donc gravement la mission d'uniformisation de la jurisprudence en matière de droit OHADA assignée à la CCJA³⁹⁴.

La CCJA, dans un arrêt en date du 31 mai 2007³⁹⁵, s'est prononcée dans une affaire semblable, mêlant droit national et droit uniformisé. Cette procédure était fondée sur le droit ivoirien de la responsabilité civile (article 1382 du code civil ivoirien) et les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sûretés, ci-après AUS.

La société demanderesse (Soprocim) avait invoqué les dispositions de l'article 1382 du code civil ivoirien et a procédé à l'inscription d'une hypothèque sur l'immeuble des époux Yao. Madame Yao avait contesté l'application de l'article 1382 du code civil ivoirien ainsi que la validité de l'inscription d'hypothèque sur le fondement de l'ancien article 136 de l'AUS (codifié aujourd'hui à l'article 213 de l'AUS). Les juges du fond avaient fait droit à la demande de la société Soprocim et condamné Madame Yao à payer des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil ivoirien. Madame YAO s'est pourvue en cassation devant la Cour de cassation de Côte d'Ivoire en contestant l'inscription d'hypothèque, d'une part et, d'autre part, reprochant aux juges du fond d'avoir violé l'article 1382 du code civil ivoirien. Le pourvoi de Madame Yao était fondé à la fois sur l'AUS et sur le droit national de la responsabilité civile de Côte d'Ivoire.

Estimant que le litige soulevait des points de droit relatifs au droit OHADA, la Cour de cassation ivoirienne s'en est dessaisie au profit de la CCJA.

³⁹⁴ Sur la résistance des cours suprêmes, J. Lohoues-Oble in *Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2ème édition., 2002, p. 41-42.; René Tagne, *La Cour suprême du Cameroun en conflit avec la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)*, *Juridis*, n° 62, p. 104; www.ohada.com, Ohadata D-08-30. Voir Alassane Kanté, « *La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes* », OHADA. Com., OHADA D-02- 29; D. Arbachi, RBD, 2002, p.121 et s.

³⁹⁵ CCJA , n°021/2007 du 31 mai 2007, aff. Madame Amani Yao, www.ohada.com, ohadata J-08-223.

Par un attendu clair, la CCJA a jugé que :

« Mais, attendu qu'il résulte de l'examen des pièces du dossier que contrairement aux allégations de Madame Amani Yao, il est établi que la « situation intenable » dans laquelle se trouvait la société Soprocim à la date de la requête introductive d'instance, est consécutive au non remboursement par Madame Amani Yao, du fonds de roulement engagé à sa demande par la société Soprocim pour la réalisation de ses travaux, qu'il existe ainsi, un lien direct de causalité entre les agissements de la dame Amani Yao et le préjudice subi par la Soprocim; qu'il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, en considérant que le fait pour la dame Amani Yao de n'avoir pas remboursé à la Soprocim les fonds propres que celle-ci a engagés après la livraison de l'immeuble, a causé un préjudice certain à la Soprocim, qui mérite réparation, la Cour d'appel d'Abidjan n'a en rien violé l'article 1382 du code civil; qu'en conséquence, il échet de rejeter cette première branche du premier moyen comme étant non fondé (...) ».

Cet attendu a été diversement commenté par la doctrine. Ainsi, un auteur a pu affirmer que la CCJA avait interprété le droit national ivoirien de la responsabilité à la lumière du droit uniformisé OHADA³⁹⁶. Il en conclut que le droit matériel a influencé la loi nationale. Toutefois, cela n'est possible que si le droit national n'est pas conforme au droit communautaire. Or dans l'arrêt précité, la responsabilité civile n'est pas régie par le droit OHADA. Il relève à cet égard des droits nationaux.

Pour notre part, cet arrêt reconnaît la compétence exclusive aux juridictions nationales d'appliquer leur droit national dès lors que ce dernier est nécessaire à la solution du litige. De ce seul fait, il rejoint la solution dégagée par la Cour suprême du Niger dans l'affaire Snar, à une exception près que cette dernière concernait des règles du droit processuel alors que l'affaire Amani Yao posait un problème de droit applicable au fond du litige. En outre, même si le droit national ivoirien était contraire aux Actes uniformes, il appartiendrait aux juges ivoiriens d'interpréter leur droit national à la lumière de ces derniers.

Enfin, il convient de rappeler que le droit national est considéré comme un fait devant la CCJA et se trouve ainsi soumis aux exigences de la preuve.

Par l'arrêt Amani Yao, la CCJA a confirmé que, l'interprétation et l'application uniformes du droit national relèvent des cours suprêmes nationales. Il appartient à ces dernières, dès lors qu'un litige intéresse à la fois le droit national et le droit uniformisé, d'interpréter leur droit national à la lumière du droit communautaire et se prononcer sur le fond du litige si l'application du droit national est

³⁹⁶G. A., Ngoumsta « Droit OHADA et conflits de lois », L.G.D.J., 2013, spéc. p.121.

indispensable à la solution du litige, contrairement à ce qu'a affirmé Monsieur Ngoumtsa.

L'office de la CCJA doit consister à chercher l'interprétation actuelle du droit national par la Cour suprême nationale. C'est ce qu'a fait la CCJA dans l'arrêt ci-dessus commenté, puisqu'elle s'en est tenue à la solution dégagée par les juridictions du fond en matière de responsabilité civile.

Les observations précédentes permettent de considérer qu'en présence d'une norme nationale et d'une norme uniforme, les juges nationaux, juges de droit commun des deux droits, doivent analyser la pertinence de chacun des droits en concurrence pour la solution du litige. De la pertinence du droit national à la solution du litige dépendra la compétence du juge national à statuer. Si l'Acte uniforme est prépondérant, le juge suprême national doit déclinier sa compétence au profit de la CCJA.

Cette situation explique l'adhésion limitée des justiciables à la CCJA.

B L'adhésion limitée des justiciables à la CCJA

Parmi les facteurs à l'adhésion limitée des justiciables à la CCJA, on citera la représentation obligatoire devant la CCJA (1), le problème de célérité (2), et enfin l'éloignement de la CCJA des justiciables (3).

1. La représentation obligatoire devant la CCJA

Toute partie à un litige devant la CCJA doit se faire représenter par un conseil étant entendu que la procédure en vigueur dans cette institution est essentiellement écrite.

L'article 23.1 nouveau du Règlement de procédure réaffirme le principe posé par l'ancien article 23, celui de la constitution obligatoire d'avocat devant la Cour. En effet, l'article 23.1 précité dispose que « *Le ministère d'avocat est obligatoire devant la Cour. Est admis à exercer ce ministère toute personne pouvant se présenter en qualité d'avocat devant une juridiction de l'un des États Parties au traité. Il appartient à toute personne se prévalant de cette qualité d'en apporter la preuve à la Cour. Elle devra en outre produire un mandat spécial de la Partie qu'elle représente* ». L'avocat ainsi constitué doit justifier sa qualité par la preuve de son inscription à un Barreau de l'espace OHADA, d'une part, et produire un mandat spécial à lui délivré par la partie qu'il représente, d'autre part.

Il y a lieu d'indiquer sur ce chapitre du ministère de l'avocat que l'article 28 (nouveau) en son alinéa 3 supprime l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour. Ce texte dispose en effet qu' « *Aux fins de la procédure, l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège n'est pas*

obligatoire³⁹⁷. *L'élection de domicile indique, le cas échéant, le nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti à recevoir toutes significations* ». Il résulte de cet article qu'il n'est plus impératif d'élire domicile au siège de la Cour à Abidjan. Il suffira de justifier sa qualité d'avocat telle qu'indiquée plus haut pour introduire un recours devant la juridiction communautaire.

La suppression de l'obligation d'élection de domicile est salubre pour les avocats et principalement pour les parties qui étaient confrontées aux problèmes de rémunération des services offerts par les domiciles choisis. Il reste que d'autres problèmes surgiront du fait de cette suppression, notamment ceux liés aux significations qui pourraient désormais prendre encore plus de temps que par le passé, malgré la possibilité ouverte de procéder à des significations électroniques³⁹⁸.

2. La lenteur dans les jugements

L'existence d'une juridiction suprême en droit uniforme a pu être qualifiée d'utopique³⁹⁹. En effet, pour les tenants de ce courant de pensée, l'existence d'une juridiction propre au droit uniforme serait contradictoire avec la simplification et la réduction du délai de règlement des litiges⁴⁰⁰. En outre, le recours devant une juridiction supplémentaire, surtout s'il n'était possible d'y accéder qu'après épuisement des voies de recours internes ne présenterait d'ailleurs pas grand intérêt pour des parties censées rechercher un règlement rapide de leur différend⁴⁰¹. A cet égard, les dernières statistiques reçues du Greffe de la CCJA indique que celle-ci a reçu du 1er janvier 2009 au 30 juillet 2012, quatre cent trente huit affaires à juger. Sur ce total, deux cent cinq ont été jugés et il restait donc deux cent trente trois dossiers non jugés⁴⁰². A ce rythme malgré les efforts des juges, l'engorgement est inévitable à moyen ou long termes, ce qui risquerait de nuire aux préoccupations de célérité qui

³⁹⁷ V. J. Wambo, « *Bref aperçu du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA tel que modifié le 30 janvier 2014* », site ohada.com, 8 mars 2014.

³⁹⁸ L'article 24 nouveau du Règlement CCJA dispose que « *Les significations prévues au présent Règlement sont faites soit par envoi postal recommandé avec demande d'avis de réception, messagerie expresse, courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique, de communication laissant trace, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise de cette copie contre reçu. Les copies sont dressées et certifiées conformes par le greffier en chef* ». Quant à l'article 28, alinéa 4 dudit Règlement, il dispose que « *La requête peut indiquer que l'Avocat, ayant son domicile professionnel dans un État- partie, consent à ce que les significations lui soient adressées par courrier électronique (...)* ».

³⁹⁹ V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et les conflits des lois* », thèse, Paris 1, 2008, spé. p. 208.

⁴⁰⁰ Op. cit, note n°399.

⁴⁰¹ Op. cit, note n°399.

⁴⁰² B. Dicko, « *Le rapport entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation* », colloque, ERSUMA, du 17 au 21 septembre 2012.

ont motivé la création de la CCJA.

Pour pallier cette lenteur, nous préconisons de doubler le nombre de juges siégeant à la CCJA ou déterminer clairement le partage de compétence entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales en accordant à ces dernières la possibilité de connaître des litiges mixtes afin de désengorger la première.

Un troisième facteur explique l'adhésion limitée des acteurs à la CCJA, son éloignement des justiciables qu'il convient d'examiner ci-après.

3. L'éloignement de la CCJA des justiciables

On a reproché à la CCJA d'être éloignée des justiciables. En effet, son siège est situé à Abidjan (République de Côte d'Ivoire) tandis que les justiciables ou opérateurs du commerce international résident dans dix sept États membres. La distance et les frais de procédure pourraient être un frein à l'enthousiasme des justiciables. Il convient donc de trouver de solutions.

S'agissant de l'éloignement de la CCJA des justiciables ou des opérateurs du commerce international, une solution pourrait être l'organisation des audiences foraines dans l'espace OHADA afin de rapprocher la justice des justiciables.

SECTION II : LES SOLUTIONS AUX CONFLITS D'INTERPRETATION DES DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES

Si les interprétations retenues d'un même texte par plusieurs États parties à l'OHADA conduisent à lui conférer, d'un pays à l'autre, un sens différent, la situation diffère peu, en définitive, de celle dans laquelle les législations des États sont différentes ab initio. Le recours au conflit de lois peut alors apparaître comme une solution pertinente pour déterminer, lorsque la situation concerne plusieurs États, quelle interprétation du texte uniforme doit prévaloir. C'est la solution retenue par la Cour de cassation française dans la célèbre affaire *Hocke*⁴⁰³.

Qu'en est-il dans l'espace OHADA ? Le conflit de lois fournit-il un outil pertinent pour résoudre les difficultés nées des divergences d'interprétation ?

Pour parvenir à une interprétation uniforme de l'AUDCG, nous proposerons d'améliorer le système institué par le Traité OHADA (**Paragraphe I**) et d'instituer le recours à la règle de conflit pour interpréter l'AUDCG (**Paragraphe II**).

Paragraphe I L'amélioration du système d'interprétation uniforme

Les difficultés d'interprétation d'un texte uniforme sont généralement réglées par le recours à l'interprétation du for. Mais ce recours est inadapté (**I**). Il faut donc instituer le renvoi préjudiciel dans le Règlement de procédure de la CCJA (**II**).

I L'inadaptation du recours à l'interprétation du for

L'AUDCG constitue un droit autonome. A ce titre, il s'abstrait des ordres juridiques étatiques et évince le raisonnement de droit international privé, qui n'a pas lieu d'être car l'Acte s'applique directement dans l'ordre juridique interne en tant que convention internationale⁴⁰⁴. Dans cette logique, il n'existe aucune référence à un ordre juridique étatique⁴⁰⁵. Mais tous les termes de l'AUDCG ne sont pas suffisamment clairs. Il peut donc donner lieu à des divergences d'interprétation. Aussi, il faut recourir à une méthode d'interprétation. Les divergences d'interprétation se règlent donc par le recours systématique à l'interprétation du for.

C'est ainsi qu'un auteur a affirmé que l'interprétation d'une loi uniforme doit être celle du juge

⁴⁰³ Cass.com, 4 mars 1963, *Hocke c. Schubel*, obs. Ph. Malaurie, « *Loi uniforme et conflit de lois* », TCFDIP, 1962-1966, spéc. p.92.

⁴⁰⁴ Voir article 10 du Traité OHADA.

⁴⁰⁵ V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois* » LGDJ, 2010, p.282., p.280, spé. n°572.

saisi⁴⁰⁶. D'après cet auteur, « (...) la loi uniforme est devenue partie intégrante de la législation d'un État donné, il en résulte simplement qu'appliquer la loi uniforme c'est toujours, pour un juge de cet État, appliquer la loi du for (.....).(Pour le juge), la seule interprétation correcte de la convention est la sienne (...) ».

Ce raisonnement a été aussi celui du Doyen Martin. Ce dernier considérait que le droit international devrait s'interpréter à la lumière du droit national⁴⁰⁷.

L'application systématique de l'interprétation du for présenterait une simplicité dans l'application de l'AUDCG. En effet, il est tout à fait simple d'appliquer le droit du for dès lors que le champ d'application des règles substantielles issues de l'AUDCG est réalisé, sans plus s'embarrasser de l'existence de divergences entre les droits.

Pour notre part, cette affirmation n'est vraie qu'en l'absence d'une Cour supranationale régulatrice de l'interprétation uniforme du droit matériel. En effet, le meilleur moyen pour assurer une interprétation uniforme des textes de droit uniforme, en d'autres termes le moyen qui soit le plus efficace par sa permanence et sa portée, serait de confier cette tâche à une juridiction supranationale qui serait saisie par voie de questions préjudicielles, à l'image de la Cour de justice des Communautés européennes⁴⁰⁸, depuis Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Un tel système est concevable à l'échelle régionale. Les moyens à mettre en œuvre pour qu'une telle juridiction supranationale régionale puisse répondre à des questions émanant de cette région et rendre des arrêts qui s'imposeraient aux juridictions de tous les pays parties à ces instruments sont tels qu'un pareil système ne relève pas de l'utopie.

C'est ainsi que l'idée a été lancée par le professeur Jürgen Basedow (Hambourg) de confier à la Cour de justice des Communautés européennes le soin de veiller à l'interprétation uniforme de la Convention de Vienne, au sein de l'Union européenne, par voie de questions préjudicielles, partant du constat très juste que la Convention est l'instrument d'unification de la plupart des ventes intracommunautaires⁴⁰⁹.

Cette idée est riche de portée, car une telle initiative aurait des effets salutaires puisque l'interprétation uniforme serait assurée dans les pays qui ont adopté le traité. Par ailleurs, la

⁴⁰⁶G. Lagarde, « Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre », in Mélanges Roger Secrétan : recueil des travaux, Lausanne, impr. Corbaz, 1964, p.291.

⁴⁰⁷Cité par P.-Y. Gauthier, « Le droit international privé: esprit et méthodes »; « Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde », Dalloz, 2005, p.330.

⁴⁰⁸V.O. Riese, « Une juridiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié ? », R.I.D.C, 1961, p.717.

⁴⁰⁹J. Basedow, « Rechtskultur zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal », ZEUP 1996, p.379.

jurisprudence de la Cour supranationale de justice, eu égard à son influence, pourrait servir de phare aux juridictions de la région considérée.

Ainsi, l'universalisme dans l'interprétation pourrait être atteint grâce à des cours internationales régionales.

Le Traité OHADA a adopté des Actes uniformes dont le contentieux relève en première instance et en appel des juridictions nationales. Il a également institué une Cour supranationale chargée d'interpréter les Actes uniformes. Cette Cour supranationale régionale est également compétente pour trancher les litiges relatifs aux Actes uniformes en dernier ressort.

Il ressort de l'article 14, paragraphe 2, du traité consolidé que la CCJA peut être consultée sur toute question relative à l'interprétation et à l'application du traité, des Règlements, des Actes uniformes et des décisions. Cet avis consultatif peut même être sollicité par une juridiction nationale de fond saisie d'une question mettant en jeu l'application des Actes uniformes. Cette disposition fait de la CCJA, la seule juridiction compétente pour imposer une interprétation unique à toutes les juridictions nationales des États membres de l'OHADA. Si cette disposition est respectée à la lettre par les juridictions nationales, elle permettra d'éviter les divergences d'interprétation avec son corollaire de recours à la règle de conflit de loi pour désigner la loi de l'interprétation. L'interprétation uniforme sera ainsi assurée dans les dix-sept États membres. Par ailleurs, la jurisprudence de la CCJA, eu égard à son influence, pourrait servir de phare aux juridictions nationales dans l'interprétation du droit uniforme OHADA.

En conséquence, en présence d'une loi uniforme et d'une cour régulatrice chargée de son interprétation et de son application uniformes, il paraît inopportun de recourir à la règle de conflit de lois (bilatérale ou unilatérale) pour désigner la loi applicable à l'interprétation.

Le meilleur moyen pour assurer une interprétation uniforme des textes de droit uniforme serait de confier cette tâche à une juridiction supranationale qui serait saisie par voie de questions préjudicielles.

II L'institution d'une procédure préjudicielle

Le renvoi préjudiciel doit être fondé sur une nette séparation des fonctions entre la CCJA et les juridictions nationales. Il contribue à l'administration de la justice dans les États membres. Il n'attribue compétence à la CCJA que pour interpréter et apprécier la validité des dispositions uniformes et, ce dans les limites de son interpellation par le juge de renvoi qui demeure le juge principal. C'est à ce dernier qu'il incombe d'appliquer les dispositions du droit uniforme. Même si la mise en œuvre du recours préjudiciel et de ses effets à l'égard des juridictions nationales suscite des

débats dans le droit processuel OHADA, il n'en demeure pas moins que le recours préjudiciel a des effets bénéfiques quant à la bonne interprétation du droit OHADA.

Le renvoi préjudiciel permet aux juridictions nationales de poser des questions préjudicielles à la CCJA. Mais sa mise en œuvre est mal organisée dans le droit processuel OHADA (A). Ce qui nous amène à nous interroger sur la portée de l'arrêt préjudiciel rendu par la CCJA à l'égard du juge national qui l'a saisie (B).

A La mise en œuvre du renvoi préjudiciel dans le droit processuel OHADA

Pour certains auteurs, le recours préjudiciel est un dialogue judiciaire qui est instruit par le respect mutuel des prérogatives réciproques de chacun des protagonistes⁴¹⁰.

Le droit OHADA envisage ce dialogue de deux manières :

- La première est la voie de la consultation,
- La seconde est celle de la cassation.

Il en résulte une distinction entre la méthode préjudicielle prévue dans le droit de l'Union européenne (appellation depuis le traité fondateur de l'union européenne de Lisbonne de 2007) et celle prévue par le Traité OHADA. En effet, l'article 14 du Traité OHADA dispose que « *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les États Parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.*

*La Cour Commune de Justice peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des Ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 »*⁴¹¹.

Tandis que l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) énonce que « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:*

- a) sur l'interprétation des traités,*
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.*

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement,

⁴¹⁰ A. Barav, « *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne* », Bruylant, 2011, p.1.

⁴¹¹ Article 14 du Traité OHADA révisé.

demander à la Cour de statuer sur cette question (...) ».

Les juges nationaux demeurent les acteurs incontournables de la procédure préjudicielle. La nécessité d'une décision préjudicielle, l'opportunité de la saisine de la Cour, la pertinence de la question pour la solution du litige au principal, sont souverainement appréciées par le juge de renvoi sans que la CCJA puisse le censurer⁴¹².

La procédure préjudicielle est, par ailleurs, prévue par le règlement de certaines cours de justice d'ensembles sous-régionaux. Le règlement de la Cour de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) l'a consacrée⁴¹³. Cette disposition s'inspire de l'article 267 du TFUE, et prévoit que les juges nationaux sont chargés de l'application du droit communautaire dans leur domaine de compétence territoriale et matérielle mais lorsqu'une question relative à l'interprétation du droit est soulevée, la juridiction nationale peut, et dans certains cas doit, déférer à la Chambre judiciaire la question d'interprétation de la disposition en cause afin d'assurer une interprétation authentique qui sera ensuite appliquée uniformément dans tous les États membres⁴¹⁴. Ainsi, l'insertion d'un mécanisme de renvoi préjudiciel en droit communautaire vise un triple objectif : assurer une interprétation et une application uniformes du droit communautaire sur l'ensemble du territoire; ensuite faciliter l'intégration de ce droit dans les systèmes juridiques nationaux et enfin assurer la protection des droits des justiciables⁴¹⁵. La règle du renvoi préjudiciel joue ainsi une fonction d'unification du droit communautaire.

Le mécanisme du recours préjudiciel est également prévu dans le traité de l'union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest⁴¹⁶, ci-après UEMOA. Ce procédé technique choisi par le législateur communautaire permet d'assurer l'application uniforme du droit communautaire, plus exactement pour assurer en toutes circonstances, à ce droit, le même effet dans tous les États

⁴¹²Op cit , note n°409.

⁴¹³ La Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale a été instituée par un Traité signé le 16 mars 1994 à N'Djamena (Tchad). Elle comprend six États membres : le Cameroun, le Gabon, le Congo, la Guinée Équatoriale, le Tchad et la Centrafrique.

⁴¹⁴G. Taty, « *La procédure de renvoi préjudiciel en droit communautaire* », Revue de droit uniforme africain, n°004, 2011, p.28.

⁴¹⁵Op cit, note n°413.

⁴¹⁶ Union Économique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest: elle regroupe les pays francophone ayant en partage le franc CFA. V.A D. Zinzindohoue, « *Autorité juridictionnelle des cours internationales à l'égard des cours nationale : le cas de la Cour de Justice de l'UEMOA* », 3è congrès de l'AHJUCAF, internationalisation du droit,internationalisation de la justice, 21-23 juin 2010, p.2.

membres de l'Union⁴¹⁷. Comme dans le droit de l'Union européenne, l'interprétation donnée par la Cour de Justice de l'UEMOA doit être suffisamment concrète pour être utile à la juridiction de renvoi, c'est-à-dire qu'elle doit se borner à fournir au juge national les éléments d'appréciation qui lui sont nécessaires en l'éclairant sur le sens et la portée du droit communautaire.

Le recours préjudiciel est un véritable outil d'interprétation uniforme de l'AUDCG.

Le mécanisme du renvoi met en rapport des juridictions⁴¹⁸. Seule une juridiction agissant dans le contexte d'une procédure juridictionnelle peut poser une question préjudicielle⁴¹⁹. Le juge national peut donc refuser de saisir la CCJA, malgré la demande des parties, tout comme il peut saisir d'office celle-ci, malgré l'opposition des parties⁴²⁰ : « *Il revient au juge national d'apprécier la pertinence des questions de droit soulevées par le litige dont il se trouve saisi et la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement* »⁴²¹.

Nous constatons avec regret que la procédure du recours préjudiciel en interprétation n'est pas organisée dans le droit processuel de l'OHADA. En effet, l'article 14 du Traité OHADA met l'accent sur la consultation et non sur le recours préjudiciel.

Le renvoi préjudiciel est la procédure qui permet à une juridiction nationale d'interroger la Cour supranationale sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont cette juridiction est saisie. À la différence des autres procédures juridictionnelles, le renvoi préjudiciel est un recours formé contre une question posée sur l'application des Actes uniformes.

Toute juridiction nationale, saisie d'un litige dans lequel l'application d'un Acte uniforme soulève des questions (litige principal), peut décider de s'en remettre à la CCJA pour résoudre ces questions. Il doit exister deux types de renvoi préjudiciel :

Le renvoi en interprétation de l'Acte uniforme (droit primaire) : le juge national demande à la CCJA de préciser un point d'interprétation du droit OHADA afin de pouvoir l'appliquer correctement.

⁴¹⁷ Op cit, note 413.

⁴¹⁸ La notion de juridiction est à apprécier au regard du droit communautaire et non du droit national. Sur la notion de juridiction, v. par exemple CJCE 17 septembre 1997, aff. C-54/96, Dorsch Consult c/ Bundesbaugesellschaft Berlin, Rec. 1997, p. I-496. Une synthèse des critères généralement retenus a été opérée par M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. De Coster (CJCE 29 novembre 2001, C-17/2000, Rec., 2000, p. 9445).

⁴¹⁹ Dans le cadre du droit communautaire européen, la Cour admet une interprétation large du caractère juridictionnel de la procédure : le renvoi préjudiciel est possible en matière d'instruction, de référé, sur requête.

⁴²⁰ CJCE 16 juin 1981, aff. 126/80, Salonia / Poidomani e Giglio, Rec, 1981, p. 1563.

⁴²¹ CJCE 27 juin 1991, aff. C-348/89, Mekanarte-Metalurgica / Alfandega do Porto, Rec., 1991, p. 3277.

Le renvoi en validité d'un Acte uniforme du droit secondaire : le juge national demande à la CCJA de contrôler la validité d'un Acte uniforme.

Le renvoi préjudiciel constitue donc un renvoi de juge à juge. Même s'il peut être demandé par l'une des parties au litige, c'est la juridiction nationale qui prend la décision de renvoyer devant la CCJA. Il offre ainsi le moyen de garantir la sécurité juridique par une application uniforme des Actes uniformes.

Quant à la consultation, la procédure est prévue à l'article 14 alinéa. 2 du Traité OHADA. Cet article dispose que « *La Cour peut être consultée par tout État-Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus* ».

La demande de consultation émanant de l'État et Conseil des ministres se fait en dehors de tout contentieux puisque l'article 14 alinéa. 2 du traité qui la prévoit renvoie à l'alinéa 1 du même article qui ne prévoit l'existence d'aucun contentieux. La requête d'avis doit être formulée en termes clairs et la question posée doit être accompagnée de tout document permettant d'élucider celle-ci.

B Les effets des arrêts préjudiciels de la CCJA

L'article 14 du Traité OHADA ne contient aucune indication quant aux effets des arrêts préjudiciels de la CCJA. Toutefois, l'article 20 du traité révisé dispose que « *Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État Partie* ».

A notre avis, cette disposition ne concerne que les cas où la Cour statue en matière contentieuse alors que le recours préjudiciel est un incident de procédure.

En s'inspirant de la CJUE, les arrêts de la CCJA, qu'ils soient en interprétation ou en appréciation de validité, produisent un effet contraignant. Ils ont, comme tout autre arrêt rendu par la CCJA, force obligatoire à compter du jour de leur prononcé. C'est cet effet contraignant et obligatoire qui devait les distinguer des avis consultatifs rendus par la Cour.

Les effets des arrêts préjudiciels, quand à leur étendue et à leurs limites doivent être envisagés sous l'angle de la juridiction de renvoi **(1)**, et des autres juridictions **(2)**.

1. Les effets des arrêts préjudiciels à l'égard de la juridiction de renvoi

Si le recours préjudiciel était expressément prévu par les textes du Traité OHADA, l'interprétation du droit communautaire donnée par la CCJA s'imposerait au juge national qui l'a saisie.

Dans le cadre du recours préjudiciel de l'Union européenne, il incombe au juge national de faire application, au litige pendant devant lui, de la norme de droit communautaire de façon conforme à l'interprétation dégagée par la CJUE⁴²².

Les arrêts préjudiciels revêtent un caractère contraignant à l'égard des juridictions nationales⁴²³. L'avantage d'une telle procédure est que la juridiction de renvoi, du moins en Europe, reste libre d'apprécier, sur la base des indications contenues dans l'arrêt préjudiciel, la meilleure utilisation de cet arrêt pour lui permettre de trancher le litige dont elle est saisie⁴²⁴.

⁴²²CJCE, 3 février 1977, Benedetti, 52/76, Rec., p.163.

⁴²³Voir. note, arrêt du 9 mars 1978. note 346. Simmenthal, 106/77, Rec., p.629.

⁴²⁴Voir. arrêt, 12 mai 1998, Maria Martinez Sala, C-85/96, Rec., p.-2691.

2. Les effets des arrêts préjudiciels à l'égard des autres juridictions des États membres de l'OHADA

A l'égard des autres juridictions que celles de renvoi, l'interprétation donnée au droit uniforme par la CCJA s'intègre à la disposition interprétée et s'impose à elles avec la même force qui est celle qui découle de l'autorité de la chose jugée (article 20 du Traité OHADA)⁴²⁵. Il en a été ainsi dans un arrêt de la CJUE⁴²⁶.

Il en résulte que le juge de renvoi est lié non seulement par l'arrêt rendu par la CCJA, mais l'interprétation donnée s'étend et s'impose à toute autre juridiction, dans quelque État membre où elle exerce sa compétence⁴²⁷. Il en est a fortiori de même pour toute juridiction venant à connaître ultérieurement du litige qui a suscité le renvoi préjudiciel, par la voie de l'appel ou de la cassation. Ainsi, toute juridiction nationale pourra toujours se référer à l'interprétation donnée par la CCJA dans une affaire concernant la même question posée.

Cette procédure est une occasion d'affermir l'uniformisation du droit OHADA dans l'espace du même nom. En effet, aucune juridiction nationale ne pourra donner au même acte une interprétation différente sans saisir la CCJA d'une nouvelle question préjudicielle. Un tel recours peut être justifié lorsque le juge national se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt, lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit, ou encore lorsqu'il lui soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question posée⁴²⁸.

Comme nous l'avions souligné dans le paragraphe précédent, il n'est pas approprié de transposer purement et simplement aux arrêts préjudiciels en interprétation, le principe de l'autorité de chose jugée qui s'attache, en droit interne, aux décisions judiciaires. Ceci, en raison de l'absence d'identité d'objet et de parties⁴²⁹. Il semble plus conforme de considérer qu'un arrêt préjudiciel revêt l'autorité de la chose interprétée. Cette expression concilie à la fois l'obligation pour le juge de renvoi, de se

⁴²⁵L'article 20 du Traité OHADA dispose « *Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État Partie* ».

⁴²⁶Voir arrêt, 4 mai 1999, Sema Sürül, C-262/96, Rec., p.I-2685.

⁴²⁷G. Vandersanden, « *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne* », Bruylant, 2011, spéc. p.125.

⁴²⁸CJCE, Ordonnance, 5 mars 1986, Wünsche, 69/85, Rec., p.947, point 5.

conformer à l'arrêt préjudiciel en interprétation rendu par la CCJA, tant dans son dispositif que dans sa motivation.

Ainsi, la CCJA, une fois saisie par le juge de renvoi, devient et reste le détenteur exclusif de l'interprétation du droit commercial OHADA, le juge national conservant la mission d'en assurer l'application dans le cadre du contentieux dont il est saisi.

Le recours à la règle de conflit de lois semble être écartée dans l'interprétation des Actes uniformes OHADA. Pourtant, le recours à la règle de conflit ne peut être tout à fait écarté en cas de divergence d'interprétation.

Paragraphe II Le nécessaire recours subsidiaire à la règle de conflit de loi.

Le recours à la règle de conflit ne se justifie qu'en cas de divergence prouvée par les parties.

L'AUDCG ne supprime pas les conflits de lois formels. En conséquence, la possibilité que les droits soient différents demeure, même si elle est réduite. Dans ces conditions, le recours à une règle de conflit bilatérale pourrait logiquement s'imposer.

De plus, on pourrait considérer que les règles d'applicabilité de l'AUDCG prévues à l'article 234, alinéa. 2⁴³⁰ remplissent une fonction de droit international privé, mais qu'elles ne se présentent pas sous une forme parfaite de règle de droit international privé. Cette forme choisie par les rédacteurs de l'AUDCG peut être celle d'une règle de conflit bilatérale, dès lors qu'elle respecte les exigences des règles d'applicabilité de l'AUDCG.

Ainsi, la règle de conflit paraît indispensable au droit uniforme. Il convient d'examiner l'élaboration de la règle de conflit dans l'AUDCG en déterminant son champ d'application (I) et sa teneur (II).

I Champ d'application de la règle de conflit

Les dispositions de l'AUDCG sont applicables dès lors que leur champ d'application dans l'espace est rempli. Ce champ d'application est réalisé dès lors que la situation est rendue internationale par certaines caractéristiques définies par l'AUDCG lui-même. Ainsi, son article 234, alinéa. 1 énonce que ses dispositions s'appliquent dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties et qu'il existe un rattachement à la sphère de l'AUDCG. Il en résulte que le champ d'application spatiale des règles de conflit propres à l'AUDCG est constitué à l'aide des éléments qui

⁴²⁹Op. cit, note n°427, spéc. p.125., spéc.p.125. Point 125.

⁴³⁰L'article 234, alinéa 2 dispose que « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ».

définissent l'internationalité.

La question du champ d'application se pose dès lors que les parties ne sont pas situées dans deux États contractants. Dans ces conditions, il faut donc créer des règles de droit international privé qui s'appliquent pour désigner la loi d'un État contractant quand le champ d'application des dispositions de l'AUDCG n'est pas rempli.

Le champ d'application spatial de la règle de conflit sera élaboré à partir des règles d'applicabilité qui définissent l'internationalité. Ainsi, dans un contrat de vente commerciale OHADA, l'internationalité de la situation découle de l'établissement des parties dans au moins un État contractant. C'est ce qui ressort de l'article 234, al. 2 de l'AUDCG qui dispose que « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties* »⁴³¹. La disposition de l'article précité complète la règle d'applicabilité spatiale en y ajoutant le rattachement à un État contractant.

La réunion de la condition d'internationalité et de celle du rattachement à un État contractant justifient l'application des règles substantielles du droit uniforme⁴³². L'AUDCG impose un lien entre la situation et au moins un État contractant. En effet, il exige à l'article 234, alinéa 2 que les contractants aient le siège de leur activité dans (au moins) un des États Parties. L'AUDCG impose une coïncidence entre éléments constitutifs de l'internationalité et éléments de rattachement.

Ainsi, pour l'AUDCG, la règle de conflit propre à ce dernier ne s'appliquera que si les parties contractantes ont le siège de leur activité dans au moins un des États Parties. Si l'une d'elles n'est pas établie dans un État contractant, alors les règles de conflit de droit commun reprennent leur empire⁴³³.

⁴³¹L'article 234, alinéa 2 de l'AUDCG.

⁴³²V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois* », LGDJ, 2010, p.295, spéc. n°614.

⁴³³Op.cit , note n° 432 , p.296, spéc. n°615.

La condition de rattachement à un État contractant intervient donc comme un élément supplémentaire de limitation du champ d'application spatial de la règle de conflit propre à l'AUDCG.

Comme on le voit, la condition de rattachement à un État contractant est inclus dans le champ d'application spatial de la règle de conflit qu'il convient d'articuler avec les règles de conflit nationales.

Il convient de relever que la règle de droit international privé propre à l'AUDCG n'a pas vocation à remplacer les règles de droit international privé des États membres de l'OHADA, mais doit coexister avec elles. Les règles de droit international privé propres à l'AUDCG s'appliqueront dès lors que les critères spatiaux de l'article 234 sont réunis.

Ainsi, l'internationalité de l'article 234 délimite le champ d'application spatiale de la règle de droit international propre à l'AUDCG. Cette délimitation participe à l'évaluation du caractère spécial de la règle de conflit propre à l'AUDCG et permet ainsi de justifier son application par priorité sur les autres règles de conflit⁴³⁴. L'AUDCG est donc d'application nécessaire selon l'article 234 de l'AUDCG précité qui prévoit que la loi d'un État membre s'applique dès que les parties sont établies dans deux États contractants différents. En revanche, selon la règle de conflit de loi, l'AUDCG ne s'applique que lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie. Les règles de droit international privé visées dans l'article 234 de l'AUDCG renvoient aux règles de conflit des États membres de l'OHADA.

Par ailleurs, l'article 234 de l'AUDCG délimite son champ d'application spatiale. Dans ces conditions, n'importe quel juge saisi d'un litige devrait vérifier si la situation relève des conditions d'application spatiale de l'AUDCG. Si la condition est remplie, il décidera de l'application de la loi d'application nécessaire ou de la règle de conflit en fonction de la présomption d'uniformisation.

On retrouve cette limitation spatiale à l'article 172 de l'AUDCG. Cet article dispose que :

« Les dispositions du présent Livre s'appliquent même si le représenté, ou le tiers visé à l'article 169 ci-dessus, ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires du présent Acte uniforme, dès lors :

a) que l'intermédiaire est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'un des États Parties ; b) ou que l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des États Parties ; c) ou que les règles du droit international privé conduisent à l'application du présent Acte uniforme ».

⁴³⁴ V. Espinassous, « L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois », LGDJ, 2010, p.303, spé. N°636.

Aux termes de cet article, l'application de l'AUDCG relatif aux intermédiaires de commerce par l'intermédiaire de la règle de conflit se fait à deux conditions. Il faut que le représenté ou le tiers aient leur siège dans des États différents (article 170, a) et b)). Dans ce cas l'application de l'AUDCG dépend du jeu des conflits de lois. Ensuite, il faut que la règle du juge saisi conduise à l'application de la loi d'un État partie (article 172, c).

L'AUDCG contient en effet des règles d'application qui exigent que les faits et les rapports de la vie humaine soient rattachés d'une certaine façon à un ou plusieurs ordres juridiques internes d'États dont tous, ou au moins l'un d'entre eux, ont la qualité juridique de « *parties contractantes* »⁴³⁵.

Les règles de conflit de lois ayant leur source dans l'AUDCG devaient donc être relevées d'office, dès lors que l'élément d'extranéité qui en commande l'application apparaît à la lecture du dossier.

Après avoir défini le champ d'application spatial de la règle de conflit propre à l'AUDCG, il convient de préciser sa teneur.

II La teneur de la règle de conflit propre à l'AUDCG

La règle de conflit de lois désigne pour un certain type de situation ou une catégorie de situations présentant un caractère international, l'ordre juridique qui fournira la solution matérielle déterminant les droits et obligations des sujets de ces situations. Elle correspond à un certain type de raisonnement qui serait la base et la voie de toute recherche de solutions aux problèmes de conflits de lois. Le conflit de lois met aux prises plusieurs ordres juridiques. Le raisonnement conflictuel permet d'appréhender le conflit de lois et de le traiter, même si parfois la désignation de la loi à laquelle il aboutit est écartée en raison de quelques éléments exceptionnels tels que l'ordre public ou les lois de police.

Nous avons dégagé ci-dessus les caractères de la règle d'application de l'AUDCG. Nous nous en servons dans le présent sous-titre pour en faire les critères de notre règle de conflit afin de déterminer les droits et obligations des sujets opérant dans l'espace OHADA. Notre démarche n'est pas contradictoire. Notre raisonnement consistera à faire des règles d'application, une règle de conflit déterminant les conditions d'application de l'AUDCG. A ce titre, la règle de conflit de l'AUDCG doit comporter une règle de rattachement. Ce qui est conforme à la tendance actuelle en droit international privé classique selon laquelle toute règle de conflit comporte au moins un critère de rattachement. Il faudrait donc déterminer les critères de rattachement de la règle de conflit propre à l'AUDCG.

⁴³⁵A. Malintoppi, « *Droit uniforme et droit international* », R.C.A.D.I, 1965, p.30, spé. n°22.

Selon un auteur, pour déterminer les critères de rattachement d'une convention de droit uniforme, il faut consulter la règle d'applicabilité de la convention elle-même⁴³⁶. Pour l'AUDCG la règle est posée à l'article 234, alinéa 2 qui prévoit que les dispositions issues de l'AUDCG s'appliquent dès lors que les parties sont établies dans deux États contractants.

La règle de conflit est en principe neutre. Toutefois, la règle de droit international privé propre à l'AUDCG est au contraire élaborée en vue d'assurer son application dans les cas qu'il a définis. Dans ces conditions, la coïncidence entre le critère de rattachement de la règle de conflit et la circonstance d'applicabilité de l'AUDCG, à savoir l'établissement d'une des parties permet de rendre toujours applicable la loi d'un État contractant quand le critère d'application de l'AUDCG est réalisé. C'est à ce titre que, l'article 234, alinéa 2 dispose que « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États-Parties* ». Il en résulte que le choix soit de l'établissement du vendeur, soit de celui de l'acheteur comme critère de rattachement de la règle de conflit respecte cette volonté. Dès lors que l'un ou l'autre est établi dans un État contractant, la règle de conflit désignera la loi de cet État.

Toutefois, une doctrine minoritaire a affirmé que la référence au siège dans « *un des États parties* » vise les seules ventes internes à un État⁴³⁷. Pour notre part, cette affirmation n'est pas exacte. En effet, l'article 234 alinéa 2 de l'AUDCG exige, contrairement à ce qu'affirment M.M Paul.G.Pogoué et Gérard Ngoumsta⁴³⁸, que la situation soit internationale en raison de l'établissement des parties dans deux États différents⁴³⁹. En effet, le paragraphe 1 de l'article 234 alinéa 2 sous-entend que l'AUDCG peut s'appliquer aussi à des situations présentant un élément d'extranéité. C'est ce qui est expressément formulé à l'article 234, alinéa 2 « *Le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties* ».

La règle de conflit ne s'applique que dans les limites spatiales dans lesquelles les parties sont établies. Dès lors que le vendeur et l'acheteur sont établis dans deux États différents, l'AUDCG s'applique soit parce que le critère du champ d'application est rempli, soit parce que le critère de la règle de rattachement est rempli.

⁴³⁶V. Espinassous, « *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois* », LGDJ, 2010, p.304, spéc. n°643.

⁴³⁷Sur cette question, voir G. A. Ngoumsta « *Droit OHADA et conflits de lois* », L.G.D.J, 2013, spéc. p.121

⁴³⁸Op. cit, note n°437

⁴³⁹Op. cit note n°435, spé. n°22.

En conséquence, toutes les fois que la règle de conflit pourra être appliquée, elle désignera n'importe quelle loi étatique qui sera toujours celle d'un État contractant⁴⁴⁰.

L'AUDCG s'applique à des situations internationales telles que formulées par le membre de phrase « (...) ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie ».

S'il n'y avait pas de situation d'extranéité, les règles de droit international n'auraient aucun intérêt à figurer dans l'AUDCG. Si l'AUDCG ne s'appliquait qu'à des ventes internes, cela voudrait également dire que les États contractants vivraient en autarcie. Cette situation les exclurait du mouvement de mondialisation.

Enfin, l'article 234, alinéa 2 s'applique même si les parties résident dans les limites géographiques d'un même État à la seule condition que le litige mette en jeu les intérêts du commerce international. En clair, il suffit que l'une des parties ait importé la marchandise dans le même État.

Il convient toutefois de relever que la question de l'établissement du vendeur ou de l'acheteur pose des difficultés. Le vendeur peut avoir plusieurs établissements. Il conviendrait dans ce cas de déterminer l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat. Cette question est récurrente en droit international privé. Une affaire atteste de son acuité. Elle concernait la vente de composants électroniques par une société du Delaware dont le quartier général et les entrepôts sont au Canada, mais qui a également un bureau dans l'Oregon où nombre de ses ingénieurs travaillent. L'acheteur, Asante, est une société du Delaware qui a son établissement principal en Californie. La vente est faite par l'intermédiaire du distributeur californien agréé par le vendeur. Devant une juridiction d'État californienne, l'acheteur actionne le vendeur pour contravention au contrat et violation d'une garantie expresse, les composants électroniques ne correspondant pas à la description technique. Le vendeur, invoquant la compétence du tribunal de district dans toute action civile en vertu de la Constitution, des lois ou traités des États-Unis et estimant les prétentions de l'acheteur régies par la CVIM, considère que le juge fédéral est compétent et fait transférer l'affaire devant une juridiction fédérale de Californie. Son adversaire soulève une exception d'incompétence et demande le renvoi devant une juridiction d'État.

S'agissant de l'application de la CVIM, le juge, a considéré qu'en vertu de l'article 1er, 1,a, de la Convention, il faut pour que celle-ci s'applique que les deux parties aient leur établissement dans

⁴⁴⁰V. Espinassous « *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois* », LGDJ, 2010, p.306, spéc.647.

deux États contractants différents. A cet égard, reprenant l'article 10 de la CVIM, le juge décide au vu des circonstances (déclarations relatives à la description des marchandises faites depuis le Canada ; composants fabriqués dans ce pays) que l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution est la Colombie britannique au Canada. Aussi le bureau se trouvant aux États-Unis n'est-il pas à prendre en considération. Quant au rôle joué par l'intermédiaire, le juge considère qu'il n'agissait pas en tant que mandataire et que l'accord a été passé directement entre l'acheteur et le vendeur. Le contrat étant bien conclu entre parties ayant leur établissement dans deux États différents, la CVIM s'applique⁴⁴¹.

Sur la notion d'établissement, le juge a appliqué l'article 10 de la CVIM qui dispose que « a) *Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ; b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu* », en relevant précisément les éléments qui montrent la relation la plus étroite avec le contrat, en particulier les déclarations techniques et la fabrication qui l'emportent sur les quelques contacts que l'acheteur a eus avec le bureau d'études situé aux États-Unis⁴⁴².

Le raisonnement du juge américain doit être approuvé. En effet, la règle énoncée à l'alinéa a) de l'article 10 servira à identifier quel établissement, parmi plusieurs, peut être retenu pour déterminer si la Convention est applicable ; l'alinéa b) de l'article 10, en revanche, prévoit que si une partie n'a pas d'établissement, il faut tenir compte de sa résidence habituelle⁴⁴³. Cette règle est utile car la détermination de l'établissement pertinent est nécessaire à diverses fins, qu'il s'agisse de la détermination du caractère international du contrat ou de l'applicabilité de la Convention en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, ainsi qu'à d'autres fins⁴⁴⁴.

L'alinéa a) de l'article 10 de la CVIM a été cité dans une autre décision également⁴⁴⁵. Dans cette

⁴⁴¹M.F. Papandréou-Déterville, « *Pluralité d'établissements et exclusion tacite* », D.2003, p.2370.

⁴⁴²V. F. Ferrari, *Contrat de vente internationale, Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 43 et s.).

⁴⁴³Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars – 11 avril 1980, Documents officiels, Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, 1981, 20.

⁴⁴⁴Pour des dispositions concernant le « lieu d'établissement », voir article premier, paragraphe 1, 12, 20, paragraphe 2, 24, 31 alinéa (c), 42, paragraphe 1 b), 57, paragraphes 1 a) et 2, 69, paragraphe 2, 90, 93, paragraphe 3, 94, paragraphes 1 et 2, 96.

⁴⁴⁵CNUDCI, Décision 261 [Berzirksgericht der Sanne, Suisse, 20 février 1997].

décision, le tribunal a estimé que lorsqu'une partie avait de multiples établissements, ce n'est pas toujours l'établissement principal qui doit être pris en considération pour déterminer si un contrat a un caractère international ou si la CVIM s'applique.

Pour une meilleure prévisibilité de l'application du droit de la vente commerciale, nous optons pour le choix de l'établissement du vendeur qui a la relation la plus étroite avec le contrat comme critère de rattachement à la règle de conflit de l'AUDCG. Ce choix permet de faire coïncider le critère de rattachement de la règle d'applicabilité issue de l'AUDCG avec celui des liens les plus étroits, retenu en droit international privé.

En matière de vente, la Convention de Rome du 19 juin 1980 retient comme critère objectif, « *la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique* »⁴⁴⁶. La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels retient les mêmes critères⁴⁴⁷.

Il convient d'examiner ci-après les méthodes utilisées par l'arbitre pour résoudre les divergences d'interprétation de l'AUDCG.

⁴⁴⁶Voir l'art.4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁴⁴⁷Voir article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

CHAPITRE II : LES DIVERGENCES D'INTERPRÉTATION DES DU CONTENTIEUX ARBITRAL

En adoptant le Traité OHADA, les États africains ont conféré à l'arbitrage une place de choix. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement de litiges opposant soit des particuliers entre eux (y compris les entreprises entre elles), soit une entreprise et un État.

Le recours à l'arbitrage est une constante des relations commerciales internationales. La clause d'arbitrage y est usuelle. L'arbitrage commercial international est un instrument reconnu par les États comme nécessaire au développement du commerce international. Pour cette raison, loin de se développer comme un concurrent de la justice des États, le droit de l'arbitrage commercial international a fait l'objet d'attention bienveillante des États membres de l'OHADA, qui par le Traité OHADA l'ont accepté comme une institution utile, voire indispensable à la satisfaction des besoins du commerce international. Le Traité OHADA a également conçu l'arbitrage comme remède aux divergences d'interprétation inhérentes à son œuvre d'uniformisation. Ainsi il a encouragé les plaideurs à recourir à l'arbitrage à travers deux instruments : un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, ci-après AUA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA (cette dernière joue le rôle d'administration des arbitrages et de centre d'arbitrage). Les deux textes normatifs ont été adoptés le 11 mars 1999 à Ouagadougou (Burkina-Faso).

L'OHADA a donc créé deux corps de règles formellement distincts sur le plan des sources et partiellement différents du point de vue du contenu substantiel pour régir les arbitrages.

L'AUA du 11 mars 1999 est la source des arbitrages dont le siège est situé dans un État de l'OHADA.

Les sources de l'arbitrage CCJA sont en effet constituées des articles 21 et suivants du Traité constitutif de l'OHADA et du Règlement d'arbitrage de la CCJA. L'arbitrage CCJA ne s'applique que si le litige a un rapport avec l'espace OHADA. À cet égard, les arbitres sont chargés d'interpréter les termes du contrat dans la limite que les parties l'ont définie.

Il y a donc, en quelque sorte, un arbitrage de droit commun régi par l'AUA et le droit national non contraire aux dispositions de l'AUA, d'une part, et un arbitrage spécifique CCJA, d'autre part régi par le Traité OHADA et le Règlement d'arbitrage CCJA. Il existe du point de vue substantiel, des différences dans les règles gouvernant ces deux types d'arbitrage.

En outre, il existe des arguments objectifs permettant de cerner les avantages de l'arbitrage dans l'espace OHADA. L'arbitrage est recommandable parce qu'il offre une procédure rapide et confidentielle, et qu'il permet aux parties de choisir des juges en qui elles ont confiance. Ensuite,

l'arbitrage est un remède aux inconvénients liés aux conflits de juridictions que nous avons étudiés supra. En effet les conflits de juridiction créent des situations où les juridictions de plusieurs États peuvent être compétentes en même temps pour connaître du même litige. Il est très instructif que, même dans un espace judiciaire organisé par des règles unifiées de compétence, comme l'espace OHADA, cette problématique existe.

Mais les arbitres peuvent être confrontés à des difficultés inhérentes aux contrats commerciaux internationaux qui compliquent leur mission. En effet, dans les contrats internationaux on relève des disparités linguistiques eu égard à l'appartenance des agents économiques à des systèmes linguistiques différents. Dans ce cas le contrat est rédigé dans une langue qui peut ne pas traduire la volonté commune des parties. Ensuite, les termes contractuels sont souvent imprécis. Enfin, les négociations contractuelles sont souvent marquées par des pourparlers longs avec l'échange des documents fastidieux qui font perdre aux contrats leur simplicité d'antan.

L'ensemble de ces conditions amène les arbitres à interpréter les expressions linguistiques, les termes contractuels ou encore les documents contractuels (**SECTION I**).

Les arbitres n'étant pas tenus de mettre en œuvre au premier chef les règles de conflit, nous exposerons, ci-après, le raisonnement qu'ils emprunteront pour résoudre les divergences d'interprétation de la loi uniforme que cet arbitrage soit soumis à l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage appelé encore arbitrage ad hoc ou qu'il soit soumis à l'arbitrage institutionnel (**SECTION II**).

SECTION I L'INTERPRETATION DU DROIT MATERIEL DANS LES ABRITRAGES AD HOC ET INSTITUTIONNEL

L'interprétation est l'étape nécessaire visant à donner sens à un texte⁴⁴⁸. Elle est donc la question première suscitée par tout texte juridique. Bien qu'elle porte sur le même objet, à savoir le contrat et le droit applicable, l'interprétation arbitrale diffère, sur certains aspects, de l'interprétation judiciaire. La méthode interprétative varie ou s'adapte au litige concerné. Elle peut être différente selon le texte interprété dans un même type d'arbitrage.

Sous réserve de l'arbitrabilité et des questions touchant à l'ordre public, la plupart des États membres de l'OHADA sont favorables à l'arbitrage commercial interne ou international comme méthode de règlement des conflits.

Dans l'ordre interne, les contrats nécessitent ainsi une interprétation, pour lesquelles les articles 99 et suivants du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal fournissent un guide selon lequel les contrats doivent être interprétés selon la commune intention des parties.

En droit international privé, la question ne s'est jamais posée dans les mêmes termes. D'abord parce que les sources écrites faisaient défaut, laissant place à une survie des règles coutumières et à une persistance de l'élément doctrinal⁴⁴⁹. Ensuite, parce que l'interprétation des règles de droit international privé a initialement été réduite à la question dite du conflit de qualifications, configurée par Bartin et ses contradicteurs en une alternative entre qualification *lege fori* et qualification *lege causae*⁴⁵⁰.

Mais qu'en est-il de l'interprétation du droit matériel AUDCG dans l'arbitrage? Le Traité OHADA prévoit deux types d'arbitrage : l'arbitrage ad hoc (**Paragraphe I**) et l'arbitrage institutionnel (**Paragraphe II**). Examinons les possibilités d'interprétation dans ces deux modes d'arbitrage.

⁴⁴⁸ B. Haftel, « *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I* », Journal du droit international (clunet), n°3, juil. 2010, doctr.

⁴⁴⁹ V. B. Oppetit, « *Le droit international privé, droit savant* », RCADI 1992, III, t.234, p.331 et s.

⁴⁵⁰ V. E. Bartin, « *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois* », JDI, 1897, p.225 et s.

Paragraphe I Les divergences d'interprétation nées de l'arbitrage ad hoc

Avant l'adoption de l'AUA, plusieurs États de l'OHADA avaient déjà créé une institution permanente d'arbitrage. Il en était ainsi notamment de la Côte d'Ivoire (la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire ; CACI, créée en 1997), de la Guinée (la Chambre d'arbitrage de Guinée a été créée en 1998), du Sénégal (le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar, créée en 1998). Ces centres d'arbitrage étaient régis par des règlements qui leur étaient propres et inspirés pour la plupart de la Cour d'arbitrage de la CCI. Les principaux acteurs étaient des nationaux et donc le droit applicable était les droits nationaux particulièrement inadaptés aux enjeux des contrats commerciaux. Il convient toutefois de relever que ces centres avaient une activité très réduite voire inexistante à cause du très faible développement de l'arbitrage dans la plupart des États concernés. Ce qui explique l'inexistence de la jurisprudence arbitrale ainsi que sa faible diffusion.

Le Traité OHADA a adopté, le 11 mars 1999 à Ouagadougou au Burkina-Faso, un Acte uniforme relatif à l'arbitrage. Cet Acte uniforme est devenu le droit commun de l'arbitrage dans les États membres de l'OHADA puisqu'il dispose qu'il a « *vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties* ».

Le Traité OHADA en créant un arbitrage de droit commun dont les sources sont constituées de l'AUA et des dispositions de droit interne non contraires institue l'arbitrage comme mode de règlement des litiges commerciaux. Le recours à l'arbitrage découle de l'autonomie de la volonté des parties. L'arbitre s'attachera prioritairement, dans ce cas, au respect de l'autonomie de la volonté : sa mission consiste à établir puis à sanctionner le contrat conformément aux attentes de celles-ci. Pour mener à bien sa mission, l'arbitre est appelé à interpréter le contrat et le droit applicable. Donc, l'interprétation des contrats commence à retenir l'attention dans l'arbitrage⁴⁵¹. Sans doute le phénomène ne doit-il pas être isolé du renouveau d'intérêt pour le contrat, qu'il soit interne ou international, que manifeste la doctrine⁴⁵², mais plusieurs raisons d'ordre théorique et pratique semblent propres au contrat international.

⁴⁵¹V. Ch. del Marmol et L. Matray, « *L'importance et l'interprétation du contrat (dans les relations avec l'arbitrage international)* », Rev. dr. Int et dr. Comparé, 1980, 158 ; Hormans, « *L'exécution du contrat et le comportement des parties* », ibid, p. 301.

⁴⁵²En matière d'interprétation, V. J. Dupichot, « *Pour un retour aux textes: défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 et 1164 du code civil* » Études offertes à Jacques Flour, Paris 1979, p. 179.

Les contradictions potentielles que l'on peut relever dans l'AUDCG ou les droits nationaux non contraires en dehors des maladroites de rédaction, volontaires ou involontaires ont pour origine la disparité des langages (nous avons relevé que l'AUDCG est traduit en espagnol, en portugais et en français) conduit à des incompréhensions réciproques et à des incertitudes partagées à cause du choix de la langue (I) de la définition imprécise des termes et des notions (II) et de l'inexistence ou du manque de diffusion de la jurisprudence des centres nationaux d'arbitrage (III).

I Les divergences d'interprétation nées du choix de la langue du contrat

La disparité des langages porte sur deux phénomènes : les agents économiques appartiennent à des systèmes linguistiques différents et il importe de trouver un dénominateur commun ou la langue qui divise le moins; mais, à côté de la diversité des langues prises comme moyen de communication, l'absence d'un langage technique international unifié dans un domaine où les innovations juridiques sont nombreuses et fréquentes risquerait d'introduire des distorsions graves car, là, elles toucheraient aux concepts. Les acteurs économiques à l'intérieur de l'espace OHADA appartiennent à des espaces linguistiques différents (hispanique, lusophone, francophone). En outre, le droit matériel de la vente commerciale inspirée de la CVIM et du droit civil français a introduit des concepts juridiques nouveaux que les arbitres locaux ne maîtrisent pas. Ces vocables pour la plupart inconnus des systèmes juridiques africains de l'espace OHADA peuvent donner lieu à des interprétations divergentes qui s'écartent même de la portée d'unification du droit dans l'espace du même nom. Enfin, les Actes uniformes doivent être traduits en espagnol et en portugais qui sont, outre le français, les langues de travail de l'OHADA.

La détermination de la langue du contrat est un acte important puisque c'est par ce moyen que les parties vont communiquer⁴⁵³. Assez souvent la langue du contrat sera aussi celle de la procédure arbitrale. Les parties ont le choix entre leurs langues officielles et une langue véhiculaire telle que le Wolof, (Sénégal) le Bambara (Mali) ou l'arabe (les Îles Comores) venant s'ajouter ou se substituer aux langues officielles que sont le français, l'espagnol et le portugais. La langue véhiculaire est souvent approximative car elle est la traduction par les parties de stipulations pensées dans une autre langue et se rapportant à d'autres concepts. Il ne sera pas rare de rencontrer des contrats rédigés en langue française mais pensés en Arabe, Wolof, Bambara, et utilisant des concepts juridiques français. Il peut en résulter une certaine confusion et des contradictions entre les différentes « versions ».

⁴⁵³Ph. Kahn, « *L'interprétation des contrats internationaux* », 108 Clunet 1981, at 5 et seq.

II Les divergences nées de la définition imprécise des termes et des notions.

Le but poursuivi par les parties est d'utiliser des termes de référence ayant la même signification pour les uns et les autres, mais la recherche d'un vocabulaire commun va bien au-delà de l'élaboration d'un glossaire en esperanto juridique⁴⁵⁴. En effet, au-delà des définitions; apparaissent de nombreux concepts et usages qui sont des règles de fond et qui n'assurent pas la cohérence du système.

La théorie de l'imprévision est un exemple qui illustre bien l'imprécision de certaines terminologies dans l'AUDCG. Dans les contrats internationaux, l'exécution en nature du contrat peut s'avérer très onéreuse pour une partie, en raison d'une modification des circonstances depuis la conclusion du contrat, surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive de longue durée.

Les parties peuvent prévoir une clause tenant compte de la modification des circonstances, et tendant à un aménagement conventionnel de l'imprévision. La clause de *hardship*, appelée également clause de sauvegarde, clause d'imprévision, clause de révision, clause de dislocation économique, a pour objet d'organiser un aménagement conventionnel de l'imprévision. Elle joue dans les mêmes conditions que l'imprévision. Ainsi, tout événement qui conduirait à une modification très importante de l'équilibre du contrat implique une nouvelle concertation entre les parties pour rétablir l'équilibre initial.

Le droit conventionnel est muet sur la réglementation de cette clause : on ne trouve rien par exemples, dans la Convention de La Haye du 15 juin 1955 ou dans la Convention de Vienne sur la vente commerciale internationale de marchandises⁴⁵⁵.

De son côté, l'AUDCG ne traite pas directement de cette question. Son article 294 précise les cas dans lesquels l'inexécution est excusée, sans mentionner le changement de circonstances rendant l'exécution non pas impossible mais excessivement onéreuse : « *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences* »⁴⁵⁶.

Avant d'étudier la clause d'imprévision dans les différents systèmes juridiques qui composent

⁴⁵⁴Op. cit, note n°453

⁴⁵⁵ J. Louis Delvolvé : « *L'imprévision dans les contrats internationaux* », Travaux du Comité français de droit international privé, années 1988-1989, 1989-1990, p.147.

⁴⁵⁶ Article 294 de l'AUDCG modifié.

l'espace OHADA, il conviendrait de distinguer « *force majeure* » et « *imprévision* » à travers l'expression « *empêchement* ».

Un empêchement peut être considéré comme un fait ou un événement rendant impossible tel ou tel acte. C'est la raison pour laquelle nous estimons que l'article 294 de l'AUDCG recouvre la notion de « *force majeure* » et non celle d'« *imprévision* » ou de « *hardship* ». En outre, l'article 294 prévoit l'exonération du débiteur victime d'un tel empêchement, alors qu'en cas de *hardship* la sanction est généralement la renégociation ou l'adaptation du contrat⁴⁵⁷.

La plupart des systèmes juridiques et des instruments juridiques internationaux établissent d'ailleurs une distinction entre la force majeure, d'une part, qui rend impossible l'exécution du contrat, et le bouleversement de l'économie contractuelle, d'autre part, qui ne suppose pas une impossibilité d'exécution, mais une distorsion substantielle des prestations⁴⁵⁸.

La force majeure suppose, comme pour l'imprévision (*hardship*), la survenance de circonstances imprévisibles et inévitables. La force majeure s'applique en cas d'impossibilité d'exécution tandis que l'imprévision peut trouver application en cas de déséquilibre des prestations qui aggravent les charges d'une des parties⁴⁵⁹. La force majeure libère définitivement ou temporairement le contractant de ses obligations tandis que l'imprévision tend généralement à la révision ou renégociation du contrat⁴⁶⁰.

Il n'y a dans l'AUDCG aucun texte qui permette de fonder expressément la révision du contrat pour imprévision.

Les droits africains d'expression française n'admettent pas la révision du contrat pour imprévision.

La notion de « *révision* » est demeurée ignorée des rédacteurs des codes civils africains⁴⁶¹ à l'image des rédacteurs du code civil français⁴⁶². L'article 97 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « *Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi* ».

L'article 77 du Régime des obligations du Mali dispose que « *Les conventions légalement formées*

tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Enfin, l'article 668 du code civil guinéen dispose que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de Loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour des causes que la Loi autorise ».

Ces dispositions reprennent celles de l'article 1134 du code civil français.

On en conclut que les législations sénégalaise, malienne et guinéenne ignorent la théorie de l'imprévision comme l'ignore le droit des obligations français. En effet, le droit français tout comme le droit des obligations des États francophones membres de l'OHADA ont mis l'accent sur le principe de l'équilibre contractuel pour bannir la révision du contrat pour imprévision.

A cet égard, l'article 1134 du code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». C'est pourquoi la Cour de cassation, dans le très célèbre arrêt Canal de Craponne du 6 mars 1876⁴⁶³, a rejeté au visa de ce même article, la théorie de l'imprévision en droit privé.

Dans un contrat où est en cause la théorie de l'imprévision, les arbitres auront du mal à interpréter

⁴⁵⁷ D. Philippe, « *Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale* », Revue droit des contrats, 01 juillet 2011, n°3, p.963.

⁴⁵⁸ J. Carbonnier, « *Les obligations* », vol.IV, PUF, 21 éd. 1998, n°144, p.270. Voir également, P.-H Antonmattei, « *Contribution à l'étude de la force majeure* », LGDJ, 1992, n°118, p.82; P. Voirin, « *De l'imprévision dans les rapports de droit privé* », Thèse Nancy, 1922, p.81-84.

⁴⁵⁹ Op.cit, note n°458.

⁴⁶⁰ B. Fauvargue-Cosson, « *Le changement de circonstances* », Revue des contrats, 01 janvier 2004, n°1, p. 67.

⁴⁶¹ L'article 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « *Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable* ».

⁴⁶² Ch. Jamin, « *Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1 du code civil* », Dr. Et Patrimoine, mars 1998, p.48.

⁴⁶³ De Galiffet c. Commune de Pélissane (Canal de Craponne), Civ. 6 mars 1876 « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

cette clause. En effet, ils ne trouveront la solution ni dans le droit matériel de la vente commerciale ni dans les droits nationaux. L'absence de réglementation conduira donc les arbitres à interpréter.

Nous ne sommes donc pas à l'abri de divergences d'interprétation.

Même si on se baigne toujours dans les eaux calmes du Canal de Craponne, la Cour de cassation française tend à confirmer qu'on ne se baigne pas deux fois dans le même fleuve, en consacrant une obligation de renégociation basée sur la bonne foi, depuis l'arrêt Huard de 1992⁴⁶⁴.

Il existerait donc des théories qui permettent de justifier l'admission de la révision pour imprévision dans les contrats que nous examinerons dans notre section II.

III L'inexistence et le manque de diffusion de la jurisprudence des institutions africaines d'arbitrage

Nous avons relevé que des institutions d'arbitrage existaient avant même l'adoption de l'AUA. Mais, il convient de rappeler que des centres d'arbitrages ont été également créés après l'adoption du droit uniforme sur l'arbitrage. Tel est le cas du Bénin (le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie au Bénin et le centre d'arbitrage créé par l'Association interprofessionnelle du coton), au Burkina-Faso (Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou), au Mali (Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la chambre de commerce du Mali). Ces institutions sont dotées d'un règlement d'arbitrage assez largement inspiré de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

Avec la création de ces centres d'arbitrage, nous pourrions, a priori, penser que le droit uniforme de l'arbitrage a contribué à l'essor de la pratique arbitrale sur le continent africain. Cependant, lorsque nous nous attachons à examiner l'activité de ces centres, nous ne pouvons que constater le très faible développement de l'arbitrage dans la plupart des États concernés. En effet, la plupart de ces institutions permanentes ont une activité très réduite. A titre d'exemples, le centre d'arbitrage du Bénin n'a enregistré depuis sa création jusqu'en 2010 que deux demandes d'arbitrage, celui du Mali dix demandes d'arbitrage. Ils ont donc une activité faible. Leurs sentences ne font donc pas jurisprudence dans la plus part des cas.

C'est pourquoi, même lorsqu'elle existe, la jurisprudence arbitrale ne fait l'objet d'aucune diffusion. Il n'y a pas de véritable jurisprudence arbitrale.

Certes l'arbitrage est par nature confidentiel mais cela n'empêche pas la diffusion par extraits de sentences arbitrales, au moins après avoir obtenu l'approbation des parties. L'attraction d'un centre

⁴⁶⁴ Cass.com, 3 nov. 1992, Huard, Bull.civ.1992.IV, n°338, p.241; JCP 1993,n° 46-47, p.469.

d'arbitrage dépend essentiellement de la qualité de la jurisprudence produite par les tribunaux arbitraux fonctionnant sous l'administration du centre.

En conséquence, le moyen le plus adéquat de se faire connaître d'utilisateurs potentiels, d'éviter les interprétations divergentes et la meilleure publicité pour un centre, résident dans la diffusion de sa jurisprudence.

Paragraphe II L'interprétation dans l'arbitrage institutionnel CCJA

Les contrats internationaux se caractérisent par des négociations ou des pourparlers plus ou moins longs. La longueur et la complexité des pourparlers qui accompagnent la conclusion des grands contrats internationaux multiplient l'élaboration de documents dont la compatibilité des uns avec les autres n'est pas toujours évidente. Une des caractéristiques souvent relevées des contrats internationaux est la longueur des pourparlers et leur complexité qui aboutissent à un échange considérable de documents avant la conclusion définitive du contrat⁴⁶⁵ et aussi à la conclusion de contrats qui n'ont plus la belle simplicité d'antan et se présentent en réalité comme des groupes de contrats⁴⁶⁶. Cette double évolution ; multiplication des actes préparatoires (I) et multiplication des actes définitifs (II) n'est pas sans influence sur les directives d'interprétation retenues par les parties et les arbitres.

I L'interprétation des actes préparatoires des contrats

La discussion principale, porte sur le caractère obligatoire ou non obligatoire des documents échangés préalablement à la conclusion définitive du contrat. La pratique a répondu d'une façon non équivoque et presque unanime en annulant par une clause du contrat définitif tous les documents antérieurs au contrat⁴⁶⁷. Mais il s'agit là de rejeter la force contraignante du document⁴⁶⁸. Il reste à déterminer s'il conserve une certaine valeur, un intérêt en tant qu'instrument d'interprétation du contrat définitif. Les contrats n'y font pas allusion. Nous pensons que ce problème plus secondaire a été absorbé par celui si important de la force obligatoire. Mais selon un auteur le silence ne peut conduire à la disparition du problème⁴⁶⁹. Cet auteur précise qu'on ne peut pas faire complètement abstraction de ces documents et notamment des documents techniques tels que les descriptifs, les documents énonciateurs des résultats, fournis en milliers de cotes et qui ont servi à éclairer les

⁴⁶⁵Comment négocier un contrat international à long terme, Colloque de Tours ; 1-3 juin 1978 : *D.P.C.I.*, mars 1979.

⁴⁶⁶Pour la théorie générale des groupes de contrats : B. Teyssie, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J. Paris, 1975.

⁴⁶⁷Ph. Kahn, «*L'interprétation des contrats internationaux*», 108 *Clunet* 1981, at 5 et seq.

⁴⁶⁸Op. cit, note n°467

⁴⁶⁹Op. cit note n°467.

contractants. Les plus importants sont certes repris dans les annexes techniques et sont qualifiés contrats ou reçoivent en tout cas valeur contractuelle aussi bien comme lien obligatoire que comme document exprimant la volonté des parties mais subsistent les autres documents⁴⁷⁰. Ils peuvent être sources de difficultés d'interprétation pour les arbitres. Toutefois, nous ne voyons pas de raison logique de les éliminer en cas de difficulté d'interprétation, soit dans les rapports entre les parties au stade de l'exécution, soit au cours d'un débat devant un tribunal arbitral.

Certes, la valeur de ces documents est très relative et variera en fonction de la nature des documents fournis, de leur cohérence les uns, par rapport aux autres, de leur caractère unilatéral ou bilatéral mais ils peuvent apporter d'utiles indications sur le déroulement des pourparlers et sur les motifs qui ont conduit à telle stipulation contractuelle⁴⁷¹.

II L'interprétation du droit dans les groupes de contrats

Sans aller jusqu'à analyser l'ensemble des contrats constituant un projet, nous pouvons relever qu'une opération plus simple comme la vente d'une usine clé en main ou un contrat de transfert de technologie comporte plusieurs documents de nature contractuelle⁴⁷². Un contrat clé en main d'une certaine importance comportera facilement le contrat et une vingtaine d'annexes qui iront du modèle de la lettre de garantie à des données techniques complexes qui détaillent et précisent des obligations brièvement énoncées dans le contrat principal. Dans une opération de transfert de technologie, le contrat proprement dit est complété par une annexe sur le programme de formation du personnel de l'acquéreur, par une annexe portant sur certains aspects commerciaux et par un document expressément intégré au contrat qui consiste en un exposé en forme discursive et presque littéraire du projet et des objectifs poursuivis par les parties. Se pose alors un double problème d'interprétation : chaque texte est-il indépendant? En cas de divergences, lequel prime l'autre?

Dans certains contrats, il est précisé que les documents contractuels sont interdépendants et qu'ils doivent être interprétés les uns par rapport aux autres, dans la plupart d'entre eux, et c'est presque une clause de style, que les annexes font partie intégrante du contrat. Cela implique deux choses : que tous ces documents ont une nature contractuelle et qu'ils lient donc les parties; qu'ils doivent être lus comme constituant un document unique formant théoriquement un ensemble cohérent, articulé et non contradictoire. Et ce sont normalement les principes généraux d'interprétation qui seront utilisés pour arriver à une lecture univoque. Comme la possibilité d'une telle lecture est aléatoire, les parties complètent souvent leur clause par un règlement du conflit d'interprétation.

⁴⁷⁰Op. cit, note n°467

⁴⁷¹Op. cit, note n°467.

⁴⁷² Op. cit note n°467.

Il s'agit d'une stipulation, complétant les précédentes, qui hiérarchise les textes en donnant la primauté au contrat principal, au contrat cadre, au contrat de base en cas de divergences entre un contrat et ses annexes ou entre plusieurs contrats dont l'un établit des principes généraux de relations entre les parties et l'autre, ou les autres, les bases concrètes d'une opération donnée. Il se peut que soit exclue de cette hiérarchie telle ou telle annexe de nature très technique, notamment dans les contrats portant sur des technologies de pointe. Ou encore, que malgré une divergence reconnue, l'un des contractants, par exemple le maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise, puisse faire primer son interprétation moyennant certaines mesures de sauvegarde. Ces clauses n'éliminent pas toute difficulté d'interprétation puisqu'elles se contentent de trancher un conflit entre différents documents susceptibles de régir les relations entre les parties en essayant de les coordonner et de les hiérarchiser. Encore faut-il les interpréter matériellement. Toujours sur le plan des procédures et du règlement des conflits, on voit apparaître certaines modalités dans les contrats à exécution de longue durée et permanente. C'est ainsi que certains contrats prévoient qu'en cas de lacune, les parties se concerteront, tenteront de se mettre d'accord et éventuellement concluront un avenant qui fera partie intégrante du contrat. D'autres contrats - et c'est une des caractéristiques des contrats de coopération industrielle - mettent en place des organes de coopération (comité de coopération) dont l'une des missions est de trouver une solution aux conflits d'interprétation. Mais il s'agit là encore de déterminer des règles de conflit ou de désigner des autorités aptes à résoudre le conflit plutôt que des principes d'interprétation conduisant à une solution de droit matériel.

SECTION II LES SOLUTIONS AUX CONFLITS D'INTERPRETATION NES DU CONTENTIEUX ARBITRAL

Pendant l'extraordinaire croissance du commerce international en Afrique des années 1990 les efforts ont été dirigés vers la mise en forme juridique des nombreuses innovations de la pratique telles que les contrats clé en main, les contrats de transfert de technologie, les contrats de coopération industrielle, les contrats associatifs (entreprises conjointes). De même beaucoup d'efforts ont été consacrés à l'affinement de l'organe juridictionnel privé que constitue l'arbitrage à travers l'institution d'un Centre d'arbitrage (CCJA) et des arbitrages ad hoc administrés par les centres locaux d'arbitrage et régis par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage. La théorie du contrat international a été dominée par la comparaison des mérites respectifs de la méthode conflictuelle et de la méthode de droit matériel et surtout par l'interrogation sur le pluralisme des ordres juridiques⁴⁷³ et sur l'existence d'un ordre juridique propre aux agents du commerce international (*lex mercatoria*)⁴⁷⁴. Les nécessités de structurer la *lex mercatoria* en établissant les principes de fonctionnement du système ont fait occulter les problèmes d'interprétation. Mais maintenant la construction paraît suffisamment cohérente pour qu'elle soit éprouvée par le passage au crible de la critique que constituent les problèmes quotidiens.

D'autant plus que ces problèmes se multiplient. En effet, la crise d'abord rampante du système mondial, puis éclatante depuis 2007, a rendu difficile l'exécution de nombreux contrats conclus dans l'optimisme de la croissance et encore en cours d'exécution. Les contractants sont devenus beaucoup plus attentifs à l'interprétation des engagements pris. Un système en crise a moins de générosité⁴⁷⁵. Il suffit de mentionner le problème de la révision des contrats mais ce n'est pas le seul.

Le retard des spéculations sur l'interprétation était aussi dû au manque de documents⁴⁷⁶. La confidentialité des sentences arbitrales poussée à l'extrême sinon à l'excès a constitué pendant longtemps un obstacle à toute étude sérieuse⁴⁷⁷. Si la connaissance des contrats et l'enquête auprès

⁴⁷³S. Romano, « *L'ordre juridique* », traduction P. François et P. Gothot, Dalloz, Paris 1975. On lira également l'introduction à l'ouvrage, fort suggestive de Phocion Francescakis. Adde, *L'hypothèse du non-droit*, XXXe semaine de la Commission Droit et Vie des affaires, Liège, 1978.

⁴⁷⁴B. Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux : réalités et perspectives* », Clunet 1979, p.475.

⁴⁷⁵Op. cit, note n°474.

⁴⁷⁶V. notre Paragraphe de la présente étude Les divergences nées dans l'arbitrage institutionnel CCJA.

⁴⁷⁷Ph. Kahn, « *L'interprétation des contrats internationaux* », 108 Clunet 1981, at 5 et seq.

des agents économiques avaient suffi pour élaborer les grands axes de la *lex mercatoria* dans son aspect dynamique, l'interprétation d'un contrat international est trop souvent contentieuse, même si elle n'est pas entièrement absorbée par le contentieux, pour que l'ignorance des sentences arbitrales ne soit pas un obstacle dirimant⁴⁷⁸. Cet obstacle est, dans une large mesure, levé dans l'espace OHADA depuis que la CCJA en tant que Centre d'arbitrage est moins réservée en ce qui concerne la publication des sentences sous forme d'extraits, discrets certes en ce qui concerne les parties, mais donnant l'information essentielle sur les solutions retenues⁴⁷⁹.

Tout dans l'interprétation des contrats internationaux n'est pas original et les problèmes généraux d'interprétation se trouvent ici comme ailleurs avec la même utilisation des éléments de raisonnement et de logique qui conduisent à déterminer le sens des mots et des phrases qui constituent des normes juridiques. Il serait sans intérêt, sauf à en faire un cas d'application, d'aborder l'interprétation sous cet angle.

En revanche, les contrats internationaux présentent des spécificités qui justifient un traitement particulier :

Le milieu international, même réduit aux opérateurs, aux agents économiques, est très dispersé. Un des premiers soucis des rédacteurs des contrats internationaux est d'essayer de réduire, faute de pouvoir les résoudre complètement, les contradictions de communication, de conceptualisation ou d'articulation qu'engendre cette dispersion. Mais cette première mission remplie, il reste à déterminer pour une communauté dont la spécialité est restreinte aux opérations du commerce international selon quels principes sa cohésion peut être assurée, ses documents analysés et rendus effectifs.

Dans l'arbitrage commercial international, il n'est pas rare de se demander « *ce qui se passe lorsque l'on ne comprend pas* ». Si on ne comprend pas le sens ou la portée d'un vocable juridique, il faut recourir à l'interprétation. Nécessairement, on se pose des questions sur les finalités auxquelles l'interprétation peut tendre. Celle-ci peut rechercher la volonté de l'auteur de l'acte, le contexte de ce dernier, ou œuvrer à mettre en balance les divers intérêts en présence⁴⁸⁰.

L'interprétation dans l'arbitrage commercial international fut envisagée des points de vue des

⁴⁷⁸Op. cit note n°477

⁴⁷⁹V. notamment les chroniques annuelles de jurisprudence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale publiées au *Clunet* depuis 1974 par R. Thompson et Y. Derains (1974) et par Y. Derains depuis 1975, citées par C.C.I., le numéro de l'affaire, l'année de la sentence et la référence au *Clunet*. *Addé Yearbook Commercial Arbitration*, sous la direction de P. Sanders (Part. Arbitral Awards).

⁴⁸⁰B. Frydman, « *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* », Bruylant/LDGI, 3è éd.2011.

parties, des droits nationaux et de la pratique arbitrale.

Reposant sur le principe de l'autonomie de la volonté, la matière se doit par nature de répondre aux attentes des parties : celles-ci s'entendent de l'internationalité d'une part et de la commercialité d'autre part.

L'internationalité implique que les parties regardent leur contrat comme ayant vocation à l'exhaustivité, reflétant à lui tout seul leur volonté⁴⁸¹. Cela a pour corollaire de limiter tout renvoi à la loi applicable⁴⁸².

Dès lors, appelés à interpréter la volonté des parties, les arbitres se départissent des règles d'interprétation du droit applicable, pour se référer à celles d'un autre⁴⁸³, à des principes internationalement applicables⁴⁸⁴.

Les arbitres puisent donc dans trois corps de règles aux fins de procéder à l'interprétation. Celles tout d'abord stipulées par les contractants eux-mêmes : leur contrat peut par exemple prévoir que les titres n'auront pas vocation à être utilisés pour l'interprétation de leur volonté. Celles, ensuite, dégagées des usages et des principes généraux : effet utile, règles in *claris ou contra proferentem*.

Celles, enfin, trouvant leur expression dans les droits étatiques⁴⁸⁵. Mais c'est essentiellement, les principes Unidroit (**paragraphe I**) qui retiendront notre attention dans cette étude. Pour réduire les contradictions, les parties peuvent adopter un choix de la langue du contrat et adopter les règles issues de la pratique professionnelle (**paragraphe II**). Même si l'autonomie de la volonté limite le recours à la loi applicable, il n'en demeure pas moins que dans certains cas, l'arbitre est obligé de recourir à la règle de conflit de loi, qui ne s'impose pas à lui (**paragraphe III**).

⁴⁸¹ O. Haddad, « *L'interprétation arbitrale* », conférence CFA, Paris, 5 juillet 2012., Cahiers de l'arbitrage, 01 oct. 2012, n°4, p.1033.

⁴⁸² Op. cit, note n°481.

⁴⁸³ V. sentence CCI n°12745.

⁴⁸⁴ V. sentence CCI n°10422, (Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, CVIM, Principes européens du droit des contrats).

⁴⁸⁵ Op. cit, note n°481

Paragraphe I Interprétation de l'AUDCG par les Principes Unidroit

Les rédacteurs des Actes Uniformes OHADA se sont efforcés d'éviter le problème de divergence d'interprétation par des traductions parfaites et une terminologie concrète qui limitent tout recours aux méthodes conflictuelles. Pour ce faire, ils ont institué la CCJA comme juridiction supranationale mais aussi comme centre d'administration des arbitrages, puisqu'on dit le plus souvent qu'il n'y a de droit véritablement commun que là où il y a un pouvoir commun⁴⁸⁶. Toutefois, demeure le problème de l'interprétation de l'AUDCG dans l'arbitrage commercial.

Pour interpréter une convention de droit matériel, les arbitres ne sont pas tenus au même raisonnement que le juge étatique. L'arbitre a une position doublement originale. Tout d'abord, il est extérieur à l'ordre juridique étatique. Il n'est donc pas soumis aux règles et principes qui régissent les conflits de normes dans l'ordre juridique concerné, qui en revanche, s'imposent à tous les organes de cet ordre. Ensuite, la position de l'arbitre diffère aussi à la fois de celle du juge interne à l'ordre juridique concerné et de celle des juges qui y sont étrangers, par son absence d'appartenance à quelque ordre juridique que ce soit. Un juge est soumis, à chaque étape de son raisonnement, aux directives de l'ordre juridique au nom duquel il statue ; qu'il s'agisse de l'identification de la loi applicable, de la façon d'interpréter ses règles, et dans une certaine mesure de résoudre ses conflits de lois. L'arbitre quant à lui, ne reçoit de directive d'aucun ordre juridique. L'arbitre international est, essentiellement libre, sauf à respecter la mission qu'il a contractuellement acceptée.

Ainsi, pour interpréter un droit matériel, une loi, les arbitres se réfèrent généralement aux principes généraux dont cette convention s'inspire. Les principes Unidroit sont des règles de droit neutres dans la mesure où ils ne s'inspirent pas d'un seul ordre juridique et à ce titre ont été appliqués par les arbitres dans les différends commerciaux internationaux. C'est ainsi qu'ils ont été utilisés par les arbitres pour compléter les dispositions d'un droit matériel (I) ou comme *lex contractus* (II) ou comme *lex fori* (III).

⁴⁸⁶Ph. Malaurie, « *Loi uniforme et conflits de lois* », TCF DIP, 1964-1967, Dalloz, 1967, spéc. p.98.

I Les Principes Unidroit appliqués comme complément de l'AUDCG

Les principes Unidroit ont une double fonction : ils servent à combler les lacunes d'un droit matériel d'une part et à interpréter le droit matériel d'autre part. L'AUDCG ne cite pas expressément les principes Unidroit pour combler ses lacunes. Il s'y réfère implicitement.

Mais face à la reconnaissance mondiale d'un corpus juridique neutre pour régler les différends commerciaux, l'espace OHADA ne pouvait y être indifférent. Face à l'ampleur que les ressources naturelles africaines prennent dans le commerce international, les rédacteurs du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ont fait des principes l'épine dorsale de cet Acte.

Le projet d'AUC a été rédigé dans le but de doter l'espace OHADA d'un droit moderne des contrats mais aussi de compléter les dispositions de l'AUDCG. Ce dernier est un droit spécial et ne couvre pas tous les domaines du contrat de vente. C'est dans ces conditions que les principes Unidroit peuvent être utilisés pour interpréter ou compléter l'AUDCG. Cette hypothèse n'est pas inédite. En effet, les principes Unidroit ont servi à compléter la CVIM sur la détermination du taux des intérêts moratoires⁴⁸⁷.

Nous avons démontré supra⁴⁸⁸ que l'adoption du projet d'AUC serait un apport déterminant à l'AUDCG. En effet, nous avons démontré que la clause d'imprévision prévue dans le projet d'AUC permettra de combler la lacune de l'AUDCG en présence de changement de circonstances.

Les principes Unidroit ne constituent pas un instrument obligatoire, comme nous l'avions rappelé. Il s'agit d'un modèle mis à la disposition des législateurs, des parties, des juges et des arbitres. Aussi, lorsque les parties ont elles-mêmes prévu le recours aux principes Unidroit pour interpréter l'AUDCG ou en combler ses lacunes, leur volonté et la liberté qui leur est reconnue dans l'arbitrage commercial international quant à la détermination du droit applicable à leurs relations suffisent à justifier le recours aux principes Unidroit.

Par ailleurs, les principes Unidroit ont précédé l'AUDCG. A ce titre, les rédacteurs de l'AUDCG auraient dû s'en inspirer. En effet, les rédacteurs de l'AUDCG auraient dû prévoir que pour l'interpréter ou le compléter « *il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application (...)* », et que « *les questions concernant les matières régies par le présent Acte uniforme et qui ne sont pas expressément tranchées par lui seront réglées selon les principes généraux dont il s'inspire (...)* ». Ces expressions sont empruntées à l'article 7, alinéa 2 de la CVIM. Même s'il n'a pas repris l'article 7 de la CVIM, le RA. CCJA en son article 17

⁴⁸⁷ V. sentence CCI n°8128 (1985), JDI 1996, p.1025, obs. Dominique Hascher.

⁴⁸⁸ V. notre Titre II, Chapitre I.

prévoit que : « *Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce* », et ajoute que, dans tous les cas, « *l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce* ». Ainsi, le tribunal arbitral qui devra déterminer la loi applicable en l'absence de choix des parties, pourra déclarer que, conformément à l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCJA, il appliquera les dispositions de l'AUDCG et ses principes généraux, réunis à l'heure actuelle dans le projet d'AUC.

Deux constats fondent notre argumentation.

Tout d'abord, les principes Unidroit adoptés au plan international sont antérieurs à l'AUDCG. Ensuite, le projet d'AUC s'est inspiré des principes Unidroit, quoi qu'il soit postérieur à l'AUDCG. La combinaison de ces deux facteurs nous amène à appliquer les principes Unidroit comme étant complémentaires au droit matériel AUDCG.

L'application des principes Unidroit ne peut donc trouver sa justification dans l'AUDCG qu'après vérification, dans chaque cas d'espèce de la conformité du principe en cause à un principe général dont l'AUDCG s'inspire.

II Les Principes Unidroit appliqués comme *lex contractus*

De manière générale, les principes Unidroit « *peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les Principes généraux du droit* ». Le choix explicite des parties peut porter sur la *lex mercatoria*.

Les rédacteurs du projet d'AUC et de l'AUDCG ont sans doute voulu l'application effective des principes Unidroit dans le contentieux arbitral, dès leur adoption. Pour ce faire, ils proposent de voir dans le choix fait par les parties d'un droit a-national, quelque soit le vocable qu'elles ont utilisé, un choix indirect pour les principes Unidroit⁴⁸⁹.

L'expression « *droit a-national* » peut donner lieu à confusion. En effet, on aura tendance à confondre les principes Unidroit avec la *lex mercatoria*. Toutefois, les rédacteurs du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ne s'y sont pas aventurés. Certes des dispositions du droit OHADA de la vente commerciale font référence aux principes généraux sans « *distinguer les principes généraux du droit* », les « *usages du commerce international* », la « *lex mercatoria* », mais l'on ne saurait dire qu'elles confondent les deux expressions « *usage du commerce*

⁴⁸⁹Ch. Seraglini, « *Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international* », Revue de l'arbitrage, (Comité français de l'arbitrage 2003 Volume 2003, issue 4), p.1113.

international » et « *principes d'Unidroit* ». Cependant, les arbitres ont fait entrer les principes dans la catégorie de la *lex mercatoria*.

La consécration des principes par les conventions internationales telles que la CVIM ou par les conventions régionales telles que l'AUDCG, le projet de code européen des contrats, fait d'eux une *lex mercatoria*., c'est-à-dire connu de l'ensemble des acteurs du commerce international.

En définitive, l'application des principes Unidroit comme *lex mercatoria* dépend de l'arbitre. Il en a été ainsi dans quelques sentences arbitrales⁴⁹⁰. Dans la sentence CCI n°7110⁴⁹¹, le tribunal arbitral a considéré que les principes Unidroit constituaient une mise au point de principes juridiques internationaux applicables aux contrats internationaux. En outre, il a retenu que les principes Unidroit sont « *largement inspirés par un texte de droit uniforme international qui jouit déjà d'une large reconnaissance internationale et généralement considéré comme reflétant les usages et pratiques commerciaux internationaux dans le domaine des ventes internationales de marchandises (...), à savoir la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises* ».

Plus intéressant est le fait que les arbitres recourent plus ou moins ouvertement à la méthode de la *lex cognita*, c'est-à-dire les règles qu'ils connaissent mieux, en arguant que le résultat aurait été le même dans le cadre des principes Unidroit⁴⁹². A cet égard, nous relèverons que la frontière entre les principes Unidroit et la *lex mercatoria* est étroite et que certains arbitres n'ont pas hésité à franchir.

Il convient également de rappeler que même dans l'AUDCG, les arbitres peuvent appliquer les principes Unidroit comme moyen de le compléter et de l'interpréter⁴⁹³. En effet, ils sont intégrés par les arbitres dans leur raisonnement juridique non pas *ratione imperii*, mais *imperio rationis*⁴⁹⁴. A ce titre, ils constituent un cadre de principes généraux du droit des contrats auquel on peut avoir recours dans le règlement de tout différend commercial international.

Même si l'AUDCG a un caractère particulier⁴⁹⁵, il reste nécessaire de disposer d'un outil comparatif,

⁴⁹⁰ V. sentence CCI n°7110 (1990), Bull. CIA/CCI 1999, vol.10/2, p.40, JDI, 2001. 1148, obs. Y. Derrains.

⁴⁹¹ Op. cit, note n°490.

⁴⁹² F. Marella et Fabien Gélinas, « *Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI* », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI vol.10/n°2- 2è semestre 1999.

⁴⁹³ Op cit, note n°492.

⁴⁹⁴ Ch. Seraglini, « *Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international* », Revue de l'arbitrage, (Comité français de l'arbitrage 2003 Volume 2003, issue 4), p.1113. F. Marella et F. Gélinas, « *Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI* », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI vol.10/n°2-2è semestre 1999.

⁴⁹⁵ Op cit, note n°492.

tel que les principes Unidroit, capable d'apporter des solutions lorsqu'il présente des lacunes et que les systèmes juridiques nationaux ne fournissent pas de réponse appropriée.

Les Principes Unidroit, étant un droit adapté aux transactions commerciales internationales et connues des acteurs du commerce international, ils peuvent être appliqués comme *lex fori*.

III L'application des Principes Unidroit comme *lex fori* dans l'arbitrage institutionnel

Les principes Unidroit contenus dans le projet d'AUC sont seulement proposés comme outil de complément afin de résoudre certaines difficultés ponctuelles que l'on rencontrerait dans l'AUDCG. Ainsi, ils « *peuvent apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable* »; de même, « *ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments de droit international uniforme* ». La fonction attribuée aux principes Unidroit est a priori très circonscrite. En effet, ils permettent la mise en place d'un droit uniforme des contrats et des obligations dans les États parties au Traité OHADA. Nous avons démontré supra que les droits africains étaient obsolètes et ne répondaient plus aux exigences de sécurité juridique dans les transactions commerciales internationales. C'est pour combler ces insuffisances ou difficultés d'interprétation que les principes Unidroit sont à la disposition de l'arbitre pour être substitués à la disposition des droits nationaux en premier lieu et de l'AUDCG en second lieu.

Le recours aux principes Unidroit n'est pas formulé de façon expresse dans l'AUDCG. Il est simplement formulé que « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* »⁴⁹⁶. Mais même en l'absence de tout énoncé spécifique dans l'AUDCG, il est aujourd'hui largement admis que les instruments de droit international uniforme doivent être interprétés et complétés conformément à des principes autonomes et internationalement unifiés et que l'on ne devrait recourir à la loi nationale qu'en dernier ressort⁴⁹⁷. La bonne foi est un élément essentiel des principes Unidroit. Cependant, l'alinéa 1er de l'article 237 de l'AUDCG est clair. Il ne s'agit pas de remettre en cause sa compétence prioritaire.

Aussi, nous pensons que l'application des principes Unidroit n'est offerte que lorsqu'il est impossible d'établir la pertinence de la disposition de l'AUDCG applicable aux litiges. Il en résulte

⁴⁹⁶ Article 237, alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

⁴⁹⁷ V. M. Joachim Bonell, « *Formation of Contracts and Precontractual Liability Under the Vienna Convention On International Sales of Goods* » dans *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Paris, ICC publishing, 1990 (Publication CCI, n°440/9), 157-166.

que les principes Unidroit respectent les dispositions de l'AUDCG dès qu'elles sont claires nettes et précises. Ce respect à l'égard de l'AUDCG peut résulter également de la volonté des parties.

Ainsi, les parties peuvent avoir stipulé une combinaison entre une loi nationale et les principes Unidroit, selon laquelle la première devra, en cas de difficulté de preuve ou d'interprétation, se voir substituer les seconds. A ce titre, les principes Unidroit jouent alors davantage le rôle d'une *lex contractus* secondaire dont l'application résulte directement de la volonté des parties. Cette hypothèse est tout à fait envisageable dans l'espace OHADA.

Il en résulte que l'utilisation des principes Unidroit n'est possible que lorsqu'il est impossible d'établir la pertinence de l'AUDCG ou de l'interpréter. Il convient, cependant, de formuler deux réserves. Tout d'abord le projet d'AUC n'est pas adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA. Cette hypothèse n'est pas applicable à l'arbitre. En effet, l'arbitre n'a pas de for et l'adoption ou non des principes par le Conseil des Ministres ne lui est pas opposable. Ensuite, selon ses rédacteurs, les principes Unidroit sont un modèle mis à la disposition des parties, des juges et des arbitres. Ce qui lui en fait un droit optionnel. C'est dans cette dernière hypothèse, pourtant que les parties et les arbitres trouvent leur liberté de les appliquer comme *lex contractus*. C'est dans cette hypothèse également que quelques sentences arbitrales internationales les ont désignés comme droit applicable au fond du litige ou pour interpréter les dispositions du droit national désigné par les parties.

Dans l'affaire CCI n°5835⁴⁹⁸, le tribunal arbitral a, dans sa sentence finale rendue en 1996, interprété plusieurs articles du code civil koweïtien, qu'il avait lui-même désigné comme applicable dans une sentence intérimaire de 1989, à la lumière des principes Unidroit. Il en résulte que dans l'impossibilité d'établir le contenu de la *lex contractus*, l'arbitre désignera les principes Unidroit.

La jurisprudence du Centre d'arbitrage de la CCJA ne nous enseigne pas des hypothèses d'application des principes Unidroit de sorte que l'on soit en mesure de leur donner un véritable statut de *lex fori* de l'arbitre international.

La plupart des agents économiques et opérateurs du commerce international envisagent en effet le contrat international comme un élément de la stratégie de l'entreprise, chaque contrat unissant pour une opération déterminée les parties. Il s'agit d'une approche conduisant à dégager la volonté réelle des parties, cette volonté étant la clé d'interprétation du contrat⁴⁹⁹. On note simplement une inflexion vers une vision plus large des choses par la prise en compte de l'effet du contrat sur l'économie de l'entreprise dans son ensemble et par la soumission à l'environnement juridique que

⁴⁹⁸ V. sentence finale CCI n°5835 (1996), Bull. CIA/CCI 1999, vol.10/2, p. 34.

⁴⁹⁹ Ph. Kahn, « *L'interprétation des contrats internationaux* », 108 Clunet 1981, at 5 et seq.

constitue le milieu professionnel. Mais à certaines occasions et pour certains contrats cette approche individualiste s'estompe au moins pour l'un des contractants au profit d'une approche beaucoup plus globale prenant certes en considération les besoins de l'entreprise mais également ceux de la communauté nationale à laquelle il se rattache et même parfois ceux de la communauté internationale. On est ainsi amené à se demander si les principes énoncés comme structurant un nouvel ordre économique international ne sont pas aussi des principes d'interprétation des contrats internationaux.

Paragraphe II Élaboration des principes d'interprétation

Tenter de dégager des principes d'interprétation propres aux contrats internationaux n'est pas un vœu complètement utopique, il suffit de se reporter aux sentences arbitrales publiées et commentées pour le constater. Ces principes d'interprétation découlent de la volonté des parties de déterminer la langue du contrat qui est un acte important puisque c'est par ce moyen que les parties vont communiquer (I) ainsi que de leur volonté de voir régir leur relation par les pratiques de leur milieu professionnel (II).

I L'interprétation selon le choix de la langue du contrat

La détermination de la langue du contrat est un acte important puisque c'est par ce moyen que les parties vont communiquer⁵⁰⁰. Assez souvent la langue du contrat sera aussi celle de la procédure arbitrale. Les parties ont le choix entre leurs langues nationales et leur langue officielle.

Dans le cas le plus simple, une seule langue est choisie comme langue officielle : ainsi, dans un contrat conclu entre une entreprise française et une entreprise sénégalaise, est-il indiqué que le contrat a été négocié et conclu à Paris mais en langue française. Soulignons que le français est la langue officielle du Sénégal. C'est ici le choix d'une langue officielle mais qui est aussi la langue interne de communication de ces deux pays en cause.

Les choses seront déjà moins claires lorsque le contrat est rédigé en plusieurs langues mais qu'une seule reçoit la qualité de version officielle : ainsi dans un contrat conclu entre l'État malien et une entreprise aurifère sud-africaine et rédigé en français et en anglais est-il prévu que seul le texte français fera foi. On remarquera que malgré la participation d'un État au contrat, sa langue officielle (français) n'a été retenue ni comme langue officielle, ni même comme langue de travail. Dans des cas voisins, le contrat est rédigé dans une langue et traduit dans une autre (original anglais, traduction française). C'est le texte original qui prévaut, la traduction ne constituant qu'une facilité.

⁵⁰⁰ Op. cit, note n°499.

Mais on rencontre aussi des cas où la traduction a contractuellement valeur égale à celle de la version originale⁵⁰¹. C'est, par exemple, la stipulation que l'on trouve dans un contrat un peu ancien conclu entre Péchiney et la Grèce où la convention (contrat d'investissement) est dressée en langue grecque mais avec une traduction officielle établie par les autorités grecques et parue au journal officiel⁵⁰² et il est précisé que pour l'interprétation des dispositions de la convention les deux textes sont de force égale. On rejoint alors le cas fréquent de contrat rédigés en deux langues, les deux textes étant équivalents. On atteint un degré de complication supplémentaire en utilisant des systèmes complexes du type de celui que l'on trouve dans la clause suivante : « *Les textes en langue persane, en langue française et en langue anglaise, de la convention sont tous valables. En cas de litige soumis à l'arbitrage, toutes les versions seront soumises au tribunal arbitral ou à l'arbitre unique (selon le cas) et ceux-ci interpréteront l'intention des parties d'après toutes ces versions. S'il existe une divergence entre les versions en ce qui concerne les droits et les obligations des parties aux termes du présent contrat la version anglaise fera foi.* »⁵⁰³. On ne saurait trouver clause plus révélatrice du sentiment qu'ont les parties que la langue du contrat est un problème important à résoudre et de la difficulté d'y parvenir quand on n'a pas clairement cerné la nature des intérêts en cause. C'est pourquoi dans des contrats récents on trouve des solutions plus sophistiquées. C'est ainsi que dans un contrat conclu en langues anglaise et portugaise (contrat entre une firme brésilienne et une firme française) il est prévu qu'en cas de divergence entre les deux versions, la version portugaise prévaudra. Toutefois les données techniques sont fournies uniquement en anglais.

Sur le plan méthodologique, ces diverses clauses reproduisent les solutions que l'on rencontre dans la détermination de la loi applicable et le conflit de langues est vécu comme un conflit de lois. En considérant les langues ayant un lien avec le contrat, lien national ou technique, les parties font un choix qui aboutit à la désignation de la langue applicable (langue unique) ou des langues applicables (cumul ou alternative)⁵⁰⁴. Comme dans le conflit de lois, il s'agit moins d'établir le sens précis de chaque mot et de chaque phrase que de déterminer le système linguistique de décodage de la volonté des parties. Il arrive même que, en toute connaissance de cause, on tente d'assurer la meilleure adéquation possible entre la règle et l'expression de la règle en choisissant comme langue du contrat la langue, du pays dont le droit est aussi désigné pour régir le contrat⁵⁰⁵. Et comme dans

⁵⁰¹V. op. cit note n° 499.

⁵⁰²Un texte directement pensé en français aurait sans doute été très différent.

⁵⁰³Cité par Ph. Kahn, op cit, note n°499.

⁵⁰⁴Op. cit, note n°499.

⁵⁰⁵Op. cit note n°499.

les conflits de lois, il n'est pas toujours possible de retenir une langue unique (ou un cumul de langues avec ses inconvénients) pour régir l'ensemble du contrat et l'on utilise la technique du dépeçage⁵⁰⁶, une langue régissant le contrat à titre principal, une autre langue certains de ses aspects de façon à cerner d'aussi près que possible la volonté des parties. Mais le procédé a ses limites, les mêmes que celui des conflits de lois. La langue nationale connue, encore faut-il la lire correctement. C'est pourquoi de même que les opérateurs du commerce international substituent aux règles de conflit des règles de droit matériel⁵⁰⁷, de même, au choix d'une langue, ils substituent la définition des termes utilisés.

II Les pratiques issues de la communauté professionnelle

Nous nous inspirerons des sentences rendues par la Cour d'arbitrage de la CCI pour affiner nos développements. La pratique de la CCJA n'étant pas bien établie dans ce domaine.

Il peut arriver que les parties n'ont pas rédigé de contrat. Quel sera l'office de l'arbitre dans ce litige? L'arbitre doit interpréter leur volonté et leurs engagements à partir de leurs écrits en fonction des principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales et il doit reconnaître l'existence des règles suivantes :

- toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques;
- les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire ;
- les parties(professionnels) doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts.

D'une sentence à l'autre il semble se constituer un ensemble de règles qui expriment des idées analogues même si leur formulation est quelque peu différente et si les principes énoncés sont plus ou moins larges ou nombreux suivant les sentences. Nous distinguons deux grands groupes de principes qui sont utilisés en matière d'interprétation tels qu'ils sont issus de la tradition européenne et ils sont considérés comme exprimant une vérité universelle parce qu'ils reflètent une certaine logique: principe de l'effet utile qui veut qu'en présence de deux interprétations différentes de termes du contrat, on préfère celle qui conserve aux mots une certaine portée⁵⁰⁸, principe de

⁵⁰⁶Pour le conflit de lois, P. Lagarde, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* » ; Riv. dir. int. priv. processuale, 1975. 649.

⁵⁰⁷B. Goldman, « *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international* » : Trav. Comité fr. dr. int. pr.1966-1969, p. 119.

⁵⁰⁸Aff. 1434, 1975; Clunet 1976, 982 : une règle d'interprétation universellement admise...

l'identité de sens des mêmes mots dans un même article⁵⁰⁹; ils ont en quelque sorte une valeur abstraite. Les autres sont plus spécialement élaborés pour les besoins d'une communauté spécifique, celle des agents économiques internationaux et sont destinés avant tout à maintenir la cohésion du système en facilitant son fonctionnement⁵¹⁰. C'est l'expression dans le domaine de l'interprétation de la *lex mercatoria* et bien souvent il est difficile de faire une distinction extrêmement précise entre règle d'interprétation et règle de fond. En effet, si les contrats étaient bien rédigés, normalement ils devraient sous réserve de l'ordre public⁵¹¹ et des règles du milieu professionnel se suffire à eux-mêmes et c'est bien parce qu'ils sont obscurs et lacunaires qu'ils doivent être décryptés avec des règles de lecture et complétés avec des règles de fond pour qu'on puisse établir la volonté des parties, telle qu'elle est ou telle qu'on peut l'imaginer dans le contexte professionnel international qui est le sien, c'est-à-dire telle qu'elle est imposée par les besoins de la communauté internationale des agents économiques internationaux⁵¹².

Par ailleurs, l'unanimité est réalisée pour constater que les contrats internationaux à exécution continue ou successive rencontrent de sérieuses difficultés d'exécution au fur et à mesure que l'on s'éloigne de leur date de conclusion. L'équilibre primitif de ces contrats sera bouleversé par la survenance d'événements qui échappent pour une large part au contrôle des parties même si elles peuvent relativement les prévoir : perturbations d'origine technologique ou économique, troubles politiques, etc. Si de nombreuses techniques sont utilisées pour faciliter un aménagement du contrat⁵¹³, le problème d'interprétation qui a été soulevé à de nombreuses reprises devant les tribunaux arbitraux est de savoir ce qu'il fallait décider lorsque les parties n'ont pas expressément stipulé une clause d'adaptation. En d'autres termes le silence des parties doit-il être interprété comme la volonté de maintenir le contrat tel quel même s'il devient un très lourd fardeau pour l'une d'entre elles ou au contraire comme impliquant la volonté de conserver pendant toute la vie du contrat une certaine équivalence des prestations ou des conditions d'exécution raisonnable car le

⁵⁰⁹ Op. cit note n°499.

⁵¹⁰ Op. cit, note n°507.

⁵¹¹ Sans discuter ici lequel des ordres publics envisageables brise la volonté des contractants.

⁵¹² Op. cit note n°507.

⁵¹³ Clauses d'indexation, clauses du client le plus favorisé, clause du client le moins favorisé, clause d'option, clause de force majeure, clause de hardship, etc. V. B. Oppetit. « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de « hardship »* »: Clunet 1974, 794; Fontaine, « *Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux* » : *D.P.C.I.* 1978, 185 ; Ph. Fouchard, « *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique* » : *Rev. arb.* 1979, 67.

déséquilibre peut être au détriment des deux parties quand c'est toute l'économie d'un contrat qui est bouleversée et non pas seulement à celui d'une seule des parties.

La réponse des arbitres telle qu'elle ressort des sentences rendues sous les auspices de la chambre de commerce internationale est partagée.

Un courant majoritaire prononce le maintien de la relation contractuelle initiale au nom de la *sanctity* du contrat, chaque fois que les parties n'ont pas inséré dans le contrat de clause modificative⁵¹⁴. C'est l'interprétation stricte de la règle *pacta sunt servanda*⁵¹⁵. En revanche, dès lors qu'apparaît un élément permettant de penser que les parties ont envisagé une adaptation de leur relation, l'interprétation devient large dans le sens de la révision. C'est en quelque sorte la combinaison de deux techniques d'interprétation tendant à combiner un principe, traditionnel (l'intangibilité du contrat) et la satisfaction de besoins nouveaux, l'adaptation. Les principaux arguments avancés pour justifier ce système d'interprétation reposent sur l'idée que les opérateurs du commerce international sont des professionnels et que par conséquent ils ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont en mesure de les formuler de façon précise⁵¹⁶. En d'autres termes les praticiens du commerce international sont présumés s'engager en connaissance de cause dans les opérations qu'ils traitent et mesurer l'importance des obligations à leur charge. La sécurité juridique est conçue comme le maintien littéral des engagements tels qu'ils ont été pris au moment de la conclusion du contrat.

En face de ce système, un courant minoritaire tend à renverser le principe précédent. Il a été fort bien exprimé dans une sentence rendue en 1975⁵¹⁷ : « *Toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier le principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier (...) les contrats doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économiques internationaux* ». Ce courant trouve sa source dans la célèbre et infortunée sentence Ripert-Panchaud rendue dans l'affaire Société d'études et d'entreprises, le 2 juillet 1956⁵¹⁸.

⁵¹⁴ V. Ph. Kahn, « *L'interprétation des contrats internationaux* », 108 *Clunet* 1981, at 5 et seq.

⁵¹⁵ C.C.I. Aff. n° 2216, 1974 *Clunet* 1975, 917.

⁵¹⁶ Op. cit note n°514.

⁵¹⁷ C.C.I. Aff. n° 2291, 1976: *Clunet* 1976, 989.

⁵¹⁸ *Clunet* 1959, 1074.

Il s'agissait de déterminer si dans un contrat de travaux publics (construction d'un chemin de fer en Yougoslavie) une garantie de change pouvait être sous-entendue. Les arbitres avaient décidé que « *s'agissant d'un contrat international conclu sans intention spéculative, il y a lieu d'admettre que la garantie de dévaluation était voulue par les parties, sauf convention expresse* ».

Cette situation de conflit de règles d'interprétation retenues par les tribunaux arbitraux appelle plusieurs remarques.

Nous pouvons d'abord nous demander si pour certains arbitres il n'y a pas eu une confusion entre l'interprétation du contrat et l'interprétation de la clause compromissoire ou de l'acte de mission qui délimite les pouvoirs de l'arbitre. La doctrine s'est fait l'écho des difficultés qu'il y a à déterminer la nature de la fonction de celui qui intervient à la demande des parties dans l'adaptation d'un contrat, véritable arbitre (juge) ou simple mandataire⁵¹⁹. Par ailleurs, il est de principe constant que la validité de constitution d'un tribunal arbitral et ses pouvoirs dépendent entièrement de la volonté des parties, les clauses compromissoires étant d'interprétation stricte⁵²⁰. Il en résulte que les arbitres sont conduits à limiter leur volonté d'intervention lorsque les parties ne leur ont pas donné les pouvoirs adéquats (clause expresse d'adaptation, clause d'amiable composition ou d'équité)⁵²¹. La Cour internationale de justice dans l'affaire de la Barcelona Traction a d'ailleurs suivi le même raisonnement en affirmant que ce n'était pas à elle qu'il appartenait de faire le droit mais seulement de dire le droit existant⁵²².

Nous noterons surtout que les tribunaux arbitraux des deux tendances font appel aux mêmes principes d'interprétation pour arriver à des résultats différents: qualité de professionnel des opérateurs du commerce international, bonne foi dans l'exécution, etc. A moins de penser que les solutions retenues et que l'interprétation donnée aux contrats sont purement arbitraires et ne font que revêtir de motifs nobles de simples solutions d'espèce, il faut essayer d'expliquer les divergences.

Sur le plan des faits, on dispose de deux sortes d'éléments dont l'un est connu et l'autre reste en filigrane.

⁵¹⁹ B. Oppetit, « *L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme* », *Rev. arb.* 1976, 91.

⁵²⁰ C.C.I. Aff. n° 2138, 1974: *Clunet* 1975, 934.

⁵²¹ Op. cit note n°513.

⁵²² C.I.J. 5 févr. 1970 (Aff. de la Barcelona Traction. Rec. C.I.J. p. 4). Il faut préciser que les réflexions de la Cour ne concernent strictement que la relation nationalité d'une société - protection diplomatique mais on peut sans trop d'audace les généraliser.

Tout d'abord, il est certain qu'un très grand nombre de contrats contiennent des clauses d'adaptation au sens strict. Ces clauses déjà nombreuses avant 1973 tendent à se généraliser depuis⁵²³. Ces clauses sont plus nombreuses dans les contrats où le vendeur subit le risque de voir le prix devenir dérisoire avec le temps (contrats d'approvisionnement) mais elles sont fréquentes également dans les contrats à haut risque technologique. Elles apparaissent de plus en plus fréquemment sous une forme spécifique dans les contrats à haut risque de développement. L'évolution de la pratique est bien dans le sens de l'adaptation des contrats et si la règle de droit repose au moins partiellement sur des probabilités le principe d'interprétation devrait être celui de l'adaptation⁵²⁴.

L'autre élément, mais qui est difficile à apprécier, est que nous savons que depuis une quarantaine d'années, de nombreuses adaptations amiables ont été réalisées. Il serait particulièrement intéressant de connaître dans quelles conditions réelles se sont faites ces adaptations et de déterminer quels principes ont été invoqués par les parties pour justifier demande ou refus d'adaptation et selon quelles modalités elles ont été entreprises.

Quoi qu'il en soit, outre l'appréciation de leurs pouvoirs que se font les arbitres déjà exposée, nous pouvons nous demander s'ils n'ont pas donné au principe « *Pacta sunt servanda* » une étendue qui n'est pas le sien. Car ce qui est immédiatement inclus, c'est l'absence de droit de modifier, y compris de résilier, unilatéralement un contrat. Cela n'exclut pas que, pour certains contrats et dans certaines conditions, la présomption d'intangibilité cède devant un principe complémentaire et non pas contradictoire d'aménagement qui conduise à admettre que le contrat peut être aménagé. Dans une vision encore trop simple on pourrait distinguer les contrats d'échange à court terme où la présomption d'intangibilité serait très forte - et presque irréfutable - et les contrats entraînant des relations permanentes entre les parties dans lesquels la règle de l'équivalence des prestations serait la règle fondamentale⁵²⁵.

Enfin, il convient de relever qu'il n'y a pas de véritable jurisprudence arbitrale mais plutôt une pratique arbitrale même si parfois, les arbitres se réfèrent à des sentences pour l'analyse du droit ou même des clauses contractuelles standard. Les sentences sont confidentielles et n'ont pas de valeur de précédent. Elles peuvent exceptionnellement être prises en compte à titre persuasif ou doctrinal mais ne lient pas l'arbitre. Ce dernier tranche pour le cas particulier, sans souci d'œuvrer à la confirmation ou à l'évolution d'une jurisprudence. En effet, contrairement au juge, il n'a pas la préoccupation de l'effet social de son interprétation.

⁵²³V. Ph. Kahn, « *L'interprétation des contrats internationaux* », 108 *Clunet* 1981, at 5 et seq.

⁵²⁴En ce sens, B. Oppetit, *op. cit.* note n°185, p. 798-799.

⁵²⁵*Op. cit.* note n°523.

L'arbitre peut se reposer sur les attentes légitimes des parties, que les États n'y ont en principe pas d'objections. Plus encore, leurs attentes envers ce mode alternatif de résolution des conflits lui offrent une grande tranquillité d'esprit. En effet, si l'arbitre rejette une jurisprudence ou commet une erreur d'interprétation du droit ou du contrat, il n'encourt guère de sanction, car aucune voie de recours n'est ouverte contre la sentence pour de tels griefs.

L'arbitrage étant basé sur l'autonomie de la volonté, il arrive très souvent que les parties omettent dans leur contrat d'indiquer la loi qui régira celui-ci en cas de litige survenu dans l'exécution dudit contrat. Les arbitres sont alors tenus de désigner la loi qui régira le contrat en recourant à un système de conflit de lois.

Paragraphe III Le recours subsidiaire à la règle de conflit de lois

L'opinion a été exprimée dans la doctrine⁵²⁶ que l'arbitre international devait recourir, en l'absence d'indications des parties sur ce sujet, au système de conflit de lois du pays dont la loi matérielle a été choisie, par les parties pour régir leur contrat, c'est-à-dire au droit international privé, de la loi d'autonomie ou *lex contractus*. Mais, en réalité, l'arbitre est autonome dans le choix des règles de conflit. En effet, le principe est que l'arbitre international n'est aucunement obligé, dans la recherche du droit applicable (ou le cas échéant, dans le contrôle du choix fait par les parties du droit matériel applicable à leur contrat), de suivre les règles de conflit de la *lex contractus* choisie par les parties. Ceci, bien entendu, sous réserves de directives contraires données par les parties, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage contenant une telle indication.

L'arbitre peut recourir à la règle de conflit de son choix pour déterminer la loi applicable aux intérêts et aux dommages-intérêts. L'intérêt peut donc être déterminé par la *lex causae* (I) ou la *lex fori* (II).

⁵²⁶ Notamment par Fragistas, « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé », Rev. crit. dr. into pr., 1960, pp. 1 et 9 ; Klein, « Autonomie de la volonté et arbitrage », Rev. crit. dr. into pr., 1958, pp. 255 et 479, 483, et par D. Tallon, « La loi applicable par les juridictions arbitrales », rapport au colloque sur les nouvelles sources du droit du commerce international, Londres, septembre 1962 ; cf. aussi Batiffol, Rev. Arb., 1957, pp. 110, 111.

I L'application de la *lex causae*

Contrairement au juge étatique, l'arbitre n'a pas de for, c'est-à-dire de pays d'attache et en conséquence, n'a pas de *lex fori*. Aucune règle de conflit ne s'impose donc à lui. Il dispose d'une grande liberté pour déterminer le droit applicable au fond du litige.

Le recours à la règle de conflit de lois dans l'arbitrage se fait de deux manières dans l'espace OHADA.

Tout d'abord, dans le cadre de l'arbitrage de droit de commun dit ad hoc, l'article 15 de l'AUA dispose que « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties, ou à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir* ». L'AUA consacre la méthode de la voie directe pour déterminer le droit applicable au fond du litige.

En droit de l'arbitrage international, l'arbitre jouit d'une grande latitude dans la détermination du droit applicable au fond du litige, lorsque les parties n'ont pas expressément effectué de choix à cet effet⁵²⁷. L'arbitre peut ainsi recourir à la méthode de « *la voie directe* », qui lui permet de déterminer le droit applicable au fond du litige sans être tenu de recourir à la traditionnelle méthode de conflit.

Ensuite, dans l'arbitrage institutionnel, le Règlement d'arbitrage de la CCJA en son article 17 prévoit que: « *Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce* ». Cette disposition consacre le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au fond du litige.

Les conséquences de cette analyse doivent être tirées au niveau de la loi applicable à l'intérêt moratoire portant sur une condamnation.

La loi applicable à l'octroi de l'intérêt prévu par l'article 291 alinéa 1 de l'AUDCG est supposée être la *lex causae*. En effet, il repose sur le fondement du retard du débiteur. Dans cette perspective, la soumission du droit aux intérêts à la loi de l'obligation contractuelle est logique.

L'application de la *lex causae* est répandue en droit comparé. L'article 8 in fine du COCC du Sénégal dispose que « *Les intérêts échus pour une année entière produisent des intérêts dès lors qu'ils sont judiciairement réclamés, sous réserve des règles spéciales aux contrats commerciaux* ».

⁵²⁷G. Kenfack Douajni, « *L'arbitrage OHADA* », Presse universitaire de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p.38, spéc. n°133 et 134.

L'article 139 du RGO du Mali dispose que « *Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année* ».

L'arbitrage, même étant une justice privée d'origine contractuelle, trouve ses limites dans les frontières de l'autonomie de la volonté. Même sans texte spécial, on ne saurait conclure un compromis d'arbitrage dès lors que cette convention aurait pour effet de « *déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs* » ou qu'elle aurait un objet ou une cause illicites⁵²⁸.

La lex causae cède la place à la lex fori dans certains cas que nous examinerons ci-après.

II L'application de la lex fori

Si l'on considère les intérêts moratoires de l'article 291 de l'AUDCG comme des intérêts dus en vertu d'un jugement ou d'une sentence, à compter du prononcé d'une condamnation, l'application de la lex causae doit être écartée au profit de l'application de la lex fori.⁵²⁹ Ainsi, la soumission du contrat de vente de marchandises à l'AUDCG autorise les juges des États membres de l'OHADA à prononcer une condamnation sur la base de l'article 291, alinéa 1 de l'AUDCG, même en l'absence de demande du vendeur. En effet, quand bien même l'article 291 est silencieux sur le point de départ des intérêts des dommages-intérêts, il suffit aux juges nationaux de se référer à leur droit national afin de condamner le débiteur au paiement des dommages-intérêts, eux-mêmes productifs d'intérêts. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 139 du RGO du Mali qui énonce que « *Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année* ».

La qualification des intérêts des dommages-intérêts est problématique tant les intérêts portant sur le montant de la condamnation peuvent être vus comme une question substantielle ou procédurale⁵³⁰.

S'agissant de la première qualification, on relève que l'intérêt moratoire courant sur une condamnation joue sur le montant de la responsabilité. En ce sens, il affecte la substance du droit à réparation ce qui conduit à l'application de la lex causae⁵³¹.

S'agissant de la seconde qualification, elle résulte du fait que l'intervention du juge ou de l'arbitre

⁵²⁸H. Motulsky, « *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage* », Dalloz, 2010, p.60, spéc.9.

⁵²⁹Dans le même sens: G. Chabot, « *Intérêts moratoires dus sur la condamnation prononcée par une sentence arbitrale* », JCPE, 2004, n°51-1860.

⁵³⁰C. Kleiner, « *La monnaie dans les relations internationales* », LGDJ, 2010, p.350, spéc. 397.

⁵³¹Op cit, note n°523.

est nécessaire pour évaluer l'indemnité. Cette intervention conduit à qualifier ces intérêts de question procédurale⁵³². En conséquence, l'application de la lex fori semble justifiée.

Si le rattachement à la loi du for semble être justifiée devant les juges étatiques, il n'est pas une solution adéquate à la procédure arbitrale, en ce sens que l'arbitre n'a pas de for. Aussi ceci explique l'absence de toute loi étatique dans les sentences arbitrales concernant l'allocation des intérêts moratoires.

Devant l'arbitre, la question est souvent posée en termes différents. En effet, en droit de l'arbitrage, il est notable que pour décider si le créancier a droit aux intérêts moratoires, les arbitres se réfèrent à la loi du contrat ou à la volonté des parties.

L'arbitre exerce une mission que lui ont confié les parties. A ce titre, il doit respecter leur volonté concernant le taux des intérêts moratoires si celle-ci a été exprimée. A cet égard, l'arbitre doit tenir compte de cette stipulation contractuelle. En effet, la clause contractuelle stipulant le taux d'intérêt est un élément constitutif de l'équilibre du contrat. Ce taux fixé par les parties dans le contrat n'est susceptible d'être remis en cause que si son montant en fait un taux usuraire incompatible avec l'ordre public international d'un des États membres de l'OHADA ou s'il est contraire aux lois de police. Le taux usuraire est défini par la loi malienne portant définition et répression de l'usure comme « *tout prêt ou toute convention dissimulant un prêt d'argent consenti, en toute matière, à un taux effectif global excédant à la date de sa stipulation, le taux d'usure* ». En l'absence de l'expression de la volonté des parties quant au taux des intérêts moratoires, l'arbitre doit résoudre le problème grâce à une démarche conflictualiste qui lui permette de déterminer le droit national habilité à fixer ce taux. Dans ces conditions, l'arbitre détermine le taux d'intérêt à partir du droit applicable au contrat⁵³³ ou du taux d'intérêt légal du pays du créancier considérant que c'est dans ce pays que le préjudice subi doit être réparé⁵³⁴.

⁵³²Op cit, note n°523.

⁵³³H. Batiffol, Rép. Dalloz, dr. Int., V° Contrats et Conventions, n°138. Voir également, Sentence CCI n°4237 de 1984, Yearbook Commercial Arbitration 1985, p.52) ; Sentence CIRDI, AGIP c/République Populaire du Congo en 1979, Yearbook Arbitration 1983, p.133.

⁵³⁴V. sentence CCI n°2375 de 1975 : JDI, 1976, p.973, obs. Derains.

Il apparaît donc que la démarche conflictualiste dans l'AUDCG offre aux arbitres un choix entre la compétence du droit applicable au contrat et celle du droit du pays du créancier. Toutefois, compte tenu du niveau sans commune mesure de l'inflation dans les États membres de l'OHADA, il serait absurde d'appliquer le taux légal en vigueur dans ces pays. Ainsi, il arrive que les arbitres appliquent le droit de l'État émetteur de la devise⁵³⁵.

Il résulte de ce qui précède que le recours à la règle de conflit de lois par l'arbitre est subsidiaire. L'arbitre dispose d'une panoplie de règles pour interpréter une convention de droit matérielle. En outre, l'arbitrage est fondé sur l'autonomie de la volonté. A cet égard, aucun système de conflit de lois ne s'impose à l'arbitre contrairement au juge étatique.

Nous constatons que nous avons eu des résultats tangibles chaque fois que le problème d'interprétation soulevé se situe dans une phase de croissance économique. C'est vraiment à ce stade que se dessinent les institutions, que s'ébauchent les concepts qui forment l'armature de la *lex mercatoria* en tant que système; élaboration d'un vocabulaire commercial international, construction d'un modèle d'agent économique professionnel qui servira de référence tant aux parties qu'aux arbitres pour mieux définir ou compléter les volontés contractuelles⁵³⁶.

En revanche, la double crise qui agite en ce moment le système mondial, crise économique d'une part, revendication d'un nouvel ordre d'autre part, met la *lex mercatoria* à dure épreuve notamment dans sa partie relative à l'interprétation. En effet, on s'éloigne de la dynamique contractuelle qui, par l'accord des intéressés, aboutit aux constructions juridiques indispensables pour arriver dans une zone de regrets, de contestations ou d'exigences que l'une des parties se refuse à satisfaire ou à adoucir. Cette double crise est trop récente pour que l'on puisse tirer des conclusions sur les facultés d'adaptation du système. On peut seulement remarquer que des sentences très novatrices par rapport au droit traditionnel ont, en matière de révision, utilisé des principes d'interprétation permettant le maintien des rapports économiques malgré les difficultés soulevées par le nouvel ordre international et il faudra attendre encore pour mesurer ses capacités d'universalité, d'accommodation et de transformation.

⁵³⁵Y. Derrains, « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », in Étude offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, p.101, spéc. p.106.

⁵³⁶V. Ph. Kahn, « L'interprétation des contrats internationaux », 108 Clunet 1981, at 5 et seq.

CONCLUSION DU TITRE II

L'uniformisation du droit des affaires en Afrique devrait supprimer les conflits de lois qui étaient facteurs de complexité et d'incertitudes quant à la solution des litiges commerciaux. Cet inconvénient s'était considérablement aggravé avec le morcellement du droit des affaires qui avait suivi l'indépendance des pays africains concernés par l'OHADA⁵³⁷. Elle devrait procurer aux acteurs économiques une connaissance rapide et constante du droit des affaires en vigueur par la publication des textes unifiés dans un seul journal officiel consultable en un endroit unique et identifié (le Secrétariat Permanent).

Ces deux premiers avantages devraient faciliter les échanges entre les entreprises et leurs clients, de même qu'ils leur permettraient de définir avec clarté et sérénité leurs stratégies d'implantation dans l'espace juridique unifié⁵³⁸.

Toutefois, l'AUDCG n'est pas un droit complet.

Tout d'abord, il reste tributaire d'une divergence d'interprétations entre les juridictions du fond des États membres. Cette divergence d'interprétation accentue le conflit matériel de lois dans l'espace OHADA et ce, malgré, l'institution de la CCJA chargée de ses interprétation et application uniformes. Malgré l'existence d'une Cour supranationale, certaines cours suprêmes nationales refusent de se soumettre à la compétence de cette dernière qui leur ôte leur souveraineté. Ça et là, on assiste à des résistances de juridictions suprêmes.

Ensuite, la diversité des langues dans l'espace OHADA n'est pas de nature à garantir la même interprétation de l'AUDCG partout dans l'espace OHADA.

Les conflits d'interprétation étant par définition des lacunes, l'interprète doit, pour les résoudre, mettre en œuvre la règle de conflit de lois afin de désigner la version interprétée, d'une part et, d'autre part, recourir aux principes généraux de droit dont s'inspire l'AUDCG.

Pour rendre plus efficace l'AUDCG, le Conseil des Ministres de l'OHADA doit adopter le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats qui contient l'essentiel des principes Unidroit.

⁵³⁷J. Issa-Sayegh, « *Synthèse des travaux du Colloque sur le droit OHADA dans l'Océan Indien, Actualités et perspectives* ». Saint Denis de La Réunion, le 8 décembre 2009.

⁵³⁸Op cit, note n°537.

En introduisant les principes Unidroit dans le projet d'Acte uniforme relatif aux contrats, ses rédacteurs ont offert aux acteurs locaux et internationaux du commerce international un outil performant qui assurera la prévisibilité et la sécurité juridiques dans l'espace OHADA.

L'application des principes Unidroit comme solution aux lacunes du droit matériel est conforme à la tendance actuelle du droit du commerce international. Les principes Unidroit sont un corps neutre de règles propres à régir le commerce international.

Enfin, l'implantation d'une véritable culture de l'arbitrage nécessitera sans nul doute un important travail de promotion et de formation au droit de l'arbitrage dans les États membres de l'OHADA.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

L'adoption d'un droit uniforme fait écho à une idée fort simple, celle d'un vivre ensemble auquel nous sommes obligés de souscrire d'une manière ou d'une autre, sauf à choisir un individualisme radical de toute façon irréaliste et voué à l'échec dans une économie globalisée. L'adoption d'un droit matériel de la vente commerciale dans l'espace OHADA est une véritable avancée juridique dans la mesure où elle permet de doter les États contractants d'un corpus juridique unique et commun applicable non seulement dans leurs relations entre eux mais aussi dans leurs relations internes et internationales. Mais l'avènement de l'AUDCG n'a pas levé toutes les interrogations que les internationalistes se posent : l'AUDCG supprime-t-il les conflits de lois ?

Notre titre I a démontré que l'uniformisation du droit commercial de la vente ne supprime pas les conflits de lois. En effet, même dans les domaines que l'AUDCG s'assigne d'uniformiser, il existe des lacunes. C'est le cas de la capacité, de l'imprévision, de l'action directe. L'AUDCG ne fournit pas de règle pour chacune de ces questions susceptibles de se poser, en conséquence le conflit de lois se maintient en présence de lacunes.

Pour pallier ces lacunes, nous avons recouru aux principes dont l'AUDCG s'inspire ou à la règle de conflit de lois. Ainsi l'AUDCG est un droit incomplet. Il a besoin du droit international privé. A cet égard, nous avons démontré que l'AUDCG contient en plus des règles de droit uniforme, une règle d'application. Cette dernière détermine la portée et les limites des obligations internationales qu'un État membre assume lorsqu'il devient partie intégrante à l'OHADA. Il n'est tenu d'appliquer l'AUDCG que dans les cas présentant les caractéristiques indiquées par la règle d'application.

Dans notre titre II, nous avons également démontré que l'institution de la CCJA s'inscrit dans une démarche de suppression de divergences d'interprétations et donc de suppression de conflits de lois. En instituant un organe juridictionnel chargé de l'application et de l'interprétation uniformes du droit OHADA, les justiciables ont gagné en terme de sécurité juridique, mais les États membres de l'OHADA ont perdu en souveraineté. En effet, ils n'auraient plus le loisir d'obtenir une unité d'interprétation par leurs juridictions suprêmes respectives, celles-ci devenant pratiquement de simples degrés de juridiction intermédiaire. Cet abandon de souveraineté est admis par la constitution de certains États africains comme le Mali et le Sénégal dont les constitutions respectives prévoient qu'ils sont prêts à renoncer à une partie de leur souveraineté pour réaliser l'unité africaine⁵³⁹.

⁵³⁹L'article 117 de la Constitution du Mali dispose que « *La République du Mali peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser*

DEUXIEME PARTIE : LES CONFLITS DE NORMES SUPRANATIONALES

Parmi les multiples séismes annoncés à l'adoption du droit OHADA, il en est un que les internationalistes africains n'ont pas bien prévu : les conflits de conventions. Le conflit de conventions est avéré lorsqu'une même situation internationale entre très précisément dans le domaine d'application matérielle, temporelle et spatiale de deux ou de plusieurs conventions internationales différentes⁵⁴⁰.

Les États africains en général, et particulièrement les États membres de l'OHADA sont liés par des milliers de conventions internationales (sous-régionales, continentales, voire universelles). Nous pouvons raisonnablement redouter l'apparition de certains conflits car plus il y a de conventions, plus le risque de conflit est grand. C'est à partir de ce constat que nous nous efforcerons de dresser un bilan de la matière dont aucune illustration n'a été envisagée dans l'abondante étude consacrée au droit uniforme africain.

L'intégration juridique des pays africains est devenue un sujet d'attention dès le lendemain des indépendances. Les États nouvellement indépendants ont par ailleurs perçu que la construction d'une solidarité inter-étatique était un préalable à leur développement économique⁵⁴¹.

C'est ainsi qu'a été créée l'Union Africaine et Malgache (UAM) dissoute en 1964 et remplacée par l'Organisation Commune Africaine et Mauricienne (OCAM) dont l'objet était de « *renforcer la coopération et la solidarité entre les États africains et mauricien afin d'accélérer leur développement économique, social, technique et culturel* ». Ensuite a été créé l'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle, devenu l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) qui a adopté une législation unique de la propriété intellectuelle pour tous les États membres. Enfin, plus récemment, les États africains ont ratifié ou conclu des conventions sous-régionales tendant à l'unification du droit matériel dans le domaine du droit des affaires telles que l'OHADA, l'UEMOA⁵⁴², la CEMAC⁵⁴³, la CEDEAO⁵⁴⁴ la Common Market for Eastern and

l'unité africaine ». Quant à l'article 89, alinéa 3 de la Constitution du Sénégal du 7 janvier 2001 dispose que « *La République du Sénégal peut conclure avec tout État africain des accords d'associations ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine* ».

⁵⁴⁰ S. Clavel, « *Droit international privé* », Dalloz, 2^e édition, 2010, p.125.

⁵⁴¹ F. Onana Etoundi, « *Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique* », Recueil d'Études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines, PUAM, 2013, p.12 et s.

⁵⁴² Voir notre introduction, note n°18., p.4.

⁵⁴³ La Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale regroupe 6 pays, à savoir le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. Elle se donne comme mission de

Southern Africa ci-après COMESA⁵⁴⁵, et de la Southern African Development Community, ci-après SADC⁵⁴⁶ qui s'intéressent toutes au droit économique et au droit des affaires.

Le Traité OHADA est une œuvre d'intégration juridique. Son objectif est l'élaboration et l'adoption « *de règles communes simples, modernes et adaptées* »⁵⁴⁷ dans le domaine du droit des affaires⁵⁴⁸. A l'effet d'atteindre cet objectif, il a institué en son article 10 la primauté des règles désignées sous l'acception d' « *Actes uniformes* » sur le droit national de chacun des États parties et leur application directe dans le droit interne de ces États⁵⁴⁹. Parmi les Actes uniformes adoptés et entrés en vigueur figure l'AUDCG. Ce dernier s'est inspiré de la CVIM. Il régit la conclusion et les effets du contrat de vente commerciale. A ce titre, il devient le droit commun de la vente interne et internationale des États membres.

Quand à UEMOA, elle s'est fixée comme objectif de créer entre les États membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux. Elle vise aussi à harmoniser toutes les législations économiques.

La Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale (CEMAC) regroupe six pays, à savoir le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. Elle se donne comme mission de promouvoir un développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution d'un véritable marché commun. Elle

promouvoir un développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution d'un véritable marché commun. L'actuelle CEMAC est née des cendres de l'ancienne UDEAC l'Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale (UDEAC), précédée par l'Union Douanière Équatoriale (UDE).

⁵⁴⁴ La Communauté Économique et Douanière des États de l'Afrique de l'Ouest est une organisation intergouvernementale ouest-africaine créée le 28 mai 1975. C'est la principale structure destinée à coordonner les actions des pays de l'Afrique de l'Ouest. Son but principal est de promouvoir la coopération et l'intégration avec pour objectif de créer une union économique et monétaire ouest-africaine.

⁵⁴⁵ COMESA : Common Market for Eastern and Southern Africa. Site web : <http://www.comesa.index.php>.

⁵⁴⁶ SADC : Southern African Development Community : site web: <http://www.sadc.int/>

⁵⁴⁷ L'article 1er du Traité OHADA dispose que « *Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ».

⁵⁴⁸ Cette ambitieuse volonté de rénovation profonde du droit des affaires procède par l'élaboration de règles communes appelées « Actes uniformes » ainsi qu'il résulte de l'article 1er « (...) *harmonisation du droit des affaires par l'élaboration et l'adoption de règles communes* (...) ».

⁵⁴⁹ L'article 10 du Traité OHADA dispose que « *Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieures ou postérieures* ».

s'est fixée plusieurs objectifs à atteindre, notamment : créer un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services; assurer une gestion stable de la monnaie commune; sécuriser l'environnement des activités économiques et des affaires en général; harmoniser les réglementations des politiques sectorielles nationales.

La Communauté de développement d'Afrique australe ou SADC, quand à elle est une organisation qui vise à promouvoir le développement économique de l'Afrique australe. Elle a succédé le 17 août 1992 à la Conférence de coordination pour le développement de l'Afrique australe, fondée le 1er avril 1980. Elle regroupe quinze États membres⁵⁵⁰.

Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe ou COMESA est une organisation internationale à vocation régionale de l'Est africain dont l'objectif est de créer une union douanière entre ses vingt pays membres⁵⁵¹. Ce marché commun, a été fondé en décembre 1994 pour renforcer un accord de libre-échange en place depuis 1981.

Au plan international, certains États africains ont adhéré à la CVIM dont l'objet est de fournir un régime moderne, uniforme et juste pour les contrats de vente internationale de marchandises. Elle contribue ainsi de manière considérable à la sécurisation des échanges commerciaux et à la réduction du coût des opérations.

De cette multiplication de conventions internationales concurrentes ou complémentaires qui s'occupent de l'unification ou de l'harmonisation du droit privé, résulte une prolifération d'instruments multilatéraux qui s'ajoutent aux accords bilatéraux qui sont extrêmement nombreux. L'ensemble de ces instruments constitue une des sources essentielles du droit matériel des États africains. Or, l'essor des conventions internationales concernant les relations entre personnes privées est à l'origine des difficultés⁵⁵² faisant l'objet de la présente étude.

La prolifération des conventions internationales de droit privé pose d'abord le problème des éventuels conflits entre les lois internes et les traités internationaux. Ensuite, il peut arriver que les juges et praticiens oublient ou ignorent l'existence même de ces conventions. Enfin, la prolifération de ces instruments a pour conséquence regrettable d'engendrer des conflits de normes internationales qui tendent à se substituer aux traditionnels conflits de lois et de juridictions.

⁵⁵⁰ Afrique du sud, Angola, Botswana, Lesotho, Malawi, Madagascar, Maurice, Mozambique, Namibie, RDC, Seychelles, Swaziland, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

⁵⁵¹ Outre les États membres de la SADC, à l'exception de l'Angola, l'Afrique du sud, Botswana, Lesotho, Mozambique, Namibie, il y a Burundi, Comores, Djibouti, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Kenya, Libye, Rwanda, Soudan, Soudan du sud, Ouganda.

⁵⁵² C. Brière, « *Les conflits de conventions internationales en droit privé* », LGDJ, 2001 spéc., n°3, p.3.

Certains États africains peuvent par voie de conséquence, avoir ratifié plusieurs conventions multilatérales différentes mais relatives à la même matière. Par exemple le Bénin et la Guinée Conakry ont ratifié le Protocole du 11 avril 1980 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Le Gabon et le Bénin ont ratifié la CVIM. Ces quatre pays ont également ratifié l'AUDCG. La CVIM et l'AUDCG ont un objet identique. Il en résulte un inévitable conflit dans la mesure où les deux conventions matérielles se déclarent toutes deux applicables pour résoudre le même litige. Le conflit naîtra également de l'appartenance d'un État membre de l'OHADA à d'autres organisations sous-régionales ayant le même objectif que lui. C'est le cas par exemple de la République Démocratique du Congo qui est membre de la COMESA⁵⁵³, de la SADC⁵⁵⁴ et de l'OHADA.

Enfin, les dirigeants des entreprises commerciales ont souvent recours au cautionnement pour financer leurs activités. Le cautionnement, l'aval et les lettres de change sont régis par le droit UEMOA et l'OHADA.

Dès lors, même lorsque les juges ont identifié l'instrument international qui a vocation à régir le litige qui leur est soumis, l'articulation des conventions en présence peut être à l'origine de difficultés, et notamment de conflits soit dans le temps, soit dans l'espace.

Il apparaît dans l'espace OHADA deux types de conflits de conventions : le conflit né du rapport entre l'AUDCG et certaines conventions internationales à vocation régionale ou sous-régionale que nous appellerions conflit de conventions sous - régionales (**Titre I**) et le conflit né du rapport de l'AUDCG avec des conventions matérielles universelles que nous appellerions conflit de conventions supra - régionales (**Titre II**).

⁵⁵³COMESA : Common Market for Eastern and Southern Africa. Site web: <http://www.comesa.index.php>.

⁵⁵⁴SADC : Southern African Development Community: site web: <http://www.sadc.int/>

TITRE I CONFLITS DE CONVENTIONS SOUS-REGIONALES

L'heure, pour les États membres de l'OHADA, est à la modernisation des instruments nécessaires à la sécurisation des transactions commerciales⁵⁵⁵ et à la promotion des investissements. Les législateurs OHADA et UEMOA⁵⁵⁶ se sont donnés les outils juridiques pour y parvenir.

En premier lieu, le législateur OHADA a adopté des règles de financement des opérations commerciales appelées effets de commerce. Ces derniers sont prévus à l'article 4 de l'AUDCG, lequel dispose qu' « *ont notamment le caractère d'actes de commerce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant* ».

Le législateur OHADA a ensuite favorisé le recours à l'arbitrage afin d'attirer les investisseurs dans l'espace OHADA.

En second lieu, le législateur UEMOA, quant à lui, a élaboré un projet de code communautaire des investissements qui sera incessamment soumis au Conseil des Ministres de l'Union pour adoption.

L'objectif poursuivi par ce code est de créer un espace propice aux investissements. Il définit les droits et obligations des investisseurs. Il encourage le recours à l'arbitrage en cas de différends entre investisseurs et pays d'accueil.

En outre, le législateur UEMOA a adopté, le 13 septembre 2002 un Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union. Ce Règlement vise entre autres les instruments traditionnels que sont la lettre de change, le billet à ordre, le warrant et le chèque et les procédés nouveaux que sont les procédés électroniques. Seuls les anciens retiendront notre attention dans le cadre de notre étude.

Il convient de relever que les législateurs OHADA et UEMOA se sont inspirés du droit français des instruments de crédit et de paiement.

Le premier a repris la distinction actes de commerce par nature et actes de commerce par la forme consacrée par le droit français⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ A. Shamsidine Adjita, « *La prévention comme moyen de sécurisation des nouveaux moyens de paiement dans l'espace UEMOA* », Revue Trimestrielle de droit africain, 2011, n°875, spéc., p.210.

⁵⁵⁶ L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a été créée en janvier 1994, comme extension de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) qui existait depuis 1962. Celle-ci regroupait les 7 pays de l'Afrique de l'Ouest, membres de la Zone Franc, ayant en commun l'usage du FCFA : Bénin, Burkina, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo, auxquels est venu s'ajouter un 8ème pays membre, la Guinée-Bissau, depuis l'adhésion de celle-ci à la Zone Franc, au mois de mai 1997.

⁵⁵⁷ Le droit français distingue classiquement les actes de commerce par la forme, les actes de commerce par nature

Le second, quant à lui, s'est inspiré du code de commerce français et de la Convention de Genève du 7 juin 1930 qui unifia les règles de fond internes relatives aux effets de commerce en reprenant les mêmes conditions de création de la lettre de change.

Pour favoriser l'investissement, l'OHADA et l'UEMOA ont prévu le recours à l'arbitrage; l'un prévoit les arbitrages institutionnel CCJA et ad hoc régi par l'AUA tandis que l'autre prévoit le recours à l'arbitrage CIRDI et CCJA.

A travers la CCJA et le CIRDI, les investisseurs étrangers ont désormais la possibilité de saisir les tribunaux arbitraux afin de trancher les litiges qui les opposent aux établissements publics ou aux personnes morales de droit public des États africains membres de l'OHADA et de l'UEMOA.

Il convient de relever que tous les États membres de l'UEMOA sont également membres de l'OHADA. L'UEMOA souscrit donc aux objectifs de l'OHADA. C'est ce qui motive notre choix d'étudier dans le présent titre les rapports conflictuels entre l'AUDCG et le Règlement UEMOA, à l'exclusion des autres conventions sous-régionales précédemment évoquées. L'UEMOA a édicté des normes harmonisées en matière de fiscalité et en droit économique. Le Traité OHADA est venu parachever l'œuvre d'harmonisation entreprise en uniformisant le droit matériel dans ses États membres qui sont également membres de l'UEMOA. Il en résulte selon les situations un chevauchement de compétences ou une complémentarité entre l'AUDCG et le droit UEMOA. Il convient donc d'étudier les domaines de chevauchement en matière d'instruments de paiement (**Chapitre I**) puis en matière de règlement de différends d'investissements (**Chapitre II**).

(art.L.110 du code de commerce français).

CHAPITRE I : CONCURRENCE ENTRE AUDCG DANS SES DISPOSITIONS RELATIVES AUX EFFETS DE COMMERCE ET LE REGLEMENT UEMOA N°15/2002 RELATIF AUX SYSTEMES DE PAIEMENT

L'émergence de l'OHADA dans un environnement sous-régional déjà constellé d'organisations poursuivant des objectifs similaires laisse planer un sentiment de surabondance⁵⁵⁸. Cette surabondance s'explique par l'existence d'autres normes telle que l'UEMOA qui partage les mêmes objectifs que l'OHADA.

Le risque de conflit ou de concurrence de normes est plus grand avec l'UEMOA, étant donné l'importance du nombre d'intersections de compétences de ces deux instruments. En effet, les traités UEMOA et OHADA ont tous les deux prévu de manière arbitraire, les matières qu'ils souhaitent harmoniser ou uniformiser pour atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés⁵⁵⁹.

Parmi les matières à harmoniser figurent les effets de commerce, le cautionnement, les avals donnés par les banques etc. Mais c'est essentiellement la lettre de change qui retiendra notre attention dans cette étude.

La lettre de change est réputée être un acte de commerce « *entre toutes personnes* »⁵⁶⁰. Ceci s'explique par l'idée que la créance constatée par cet instrument de crédit a normalement été contractée à propos du commerce⁵⁶¹. Elle est non seulement un instrument de paiement et de crédit mais aussi une preuve de l'affectation de fonds dans le commerce international. Le choix de ce mode de règlement des paiements présente au moins deux avantages pour les partenaires que sont le banquier et l'emprunteur⁵⁶².

D'abord c'est une pratique bien établie dans le monde des affaires, et à ce titre son mode de fonctionnement a le mérite d'être parfaitement connu et maîtrisé par ceux qui y ont recours.

Ensuite elle permet à l'emprunteur d'avoir des preuves de la bonne exécution de son engagement

⁵⁵⁸A. Cissé, « *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique: l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie* », Revue Internationale de droit économique, 2004/2, spéc., p.208.

⁵⁵⁹ A. Yaya Sarr, « *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine et dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires* », thèse, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 2008, spéc. p, 499.

⁵⁶⁰ C.com., art. L.110-1,10.Voir également. Art.4 AUDCG.

⁵⁶¹E. Thaller, et J. Percerou, « *Traité élémentaire de droit commercial* »: t.1, p.6.

⁵⁶²C. Zagoh, Sûretés, « *Paiements et Financements internationaux : Une garantie de l'affectation des fonds dans les montages de financement de projet: La lettre de change*, », Revue droit des affaires internationales n°2, 1/04/2011, p., 195 s.

contractuel, c'est à dire de l'affectation effective des fonds à l'exécution du projet, preuve si besoin est de sa bonne foi en cas de litige ou de suspicion de la part des autres partenaires et particulièrement les banques. Les effets de commerce représentent des créances ou des biens corporels, et dont la circulation se superpose à celle des biens qu'ils représentent. A cet égard, ils constituent des instruments universels, largement utilisés comme modes de paiement et de financement du commerce international.

L'essor des lettres de change et des billets à ordre dans le commerce international est, notamment, lié à l'intervention des établissements de crédit qui restent très attachés à ces supports pour leurs opérations⁵⁶³. L'attachement des banques aux effets de de commerce se traduit aussi dans le cadre des crédits acheteurs qui occupent une place importante pour les opérations dont les paiements sont échelonnés à moyen et long termes. Ces crédits consentis à l'acheteur étranger par une banque du pays de l'exportateur permettent de régler au comptant le fournisseur⁵⁶⁴. L'établissement du preneur se fait remettre des billets à ordre souscrits à l'emprunteur pour matérialiser les échéances successives du prêt.

La vocation particulière des lettres de change et billets à ordre dans les relations internationales mérite ainsi réflexion.

Par leur origine, les lettres de change et billets à ordre ont une vocation internationale remarquable. Il suffit de rappeler que la traite a été conçue, initialement, par les marchands et les banquiers du Moyen Âge pour effectuer les règlements d'une place à une autre dans le cadre d'un contrat d'échange⁵⁶⁵. Il n'est donc pas étonnant que les titres négociables continuent à susciter des efforts d'unification ou d'harmonisation sous-régionales, après la Convention de Genève du 7 juin 1930⁵⁶⁶ avec l'espoir de surmonter la diversité entre les législations nationales.

C'est ainsi que l'UEMOA et l'OHADA ont adopté respectivement, le Règlement n°15/2002, et, l'AUDCG afin de remédier à la diversité des législations nationales et leurs insuffisances qui menacent la sécurité cambiaire dans les relations commerciales internationales dans leurs espaces. Mais ces deux instruments juridiques ne sont pas parvenus à supprimer les conflits de lois dans leur espace respectif.

⁵⁶³P. BLoch, « *les lettres de change et les billets à ordre dans les relations commerciales internationales* », Économica, 1986, p.4.

⁵⁶⁴Op cit, note n°563.

⁵⁶⁵H. Levy-Brull, « *Histoire de la lettre de change en France aux XVII^e et XVIII^e siècles* », Paris, 1933.

⁵⁶⁶ Les effets de commerce et billets à ordre ont fait l'objet d'une réglementation uniforme le 7 juin 1930, puis le 19 mars 1931.

L'AUDCG et le Règlement UEMOA comportent de graves insuffisances. Ils ne comportent aucune règle de conflit alors que de nombreux domaines ne sont pas régis par les deux instruments tels la capacité du souscripteur de la lettre, les vices du consentement, la cause.

La sécurité ainsi attachée aux effets de commerce, notamment aux lettres de change et billets à ordre, reste relative lorsqu'ils présentent un élément d'extranéité. Situés aux « *frontières du droit et de la lex mercatoria* »⁵⁶⁷, les effets de commerce peuvent être totalement soustraits à l'application des législations uniformes de l'AUDCG ou du Règlement UEMOA.

En l'absence de droit commun uniforme et complet, la sécurité du porteur d'un effet de commerce international dépend, en réalité des dispositions prévues par la loi compétente pour régir le droit du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre⁵⁶⁸. Dès lors, nous nous interrogeons sur les rapports que peuvent entretenir le droit spécial des instruments de paiement du Règlement UEMOA avec les règles relevant de l'AUDCG.

Il convient donc d'examiner au regard de chacun des instruments internationaux et de chaque système cambiaire, les règles conflictuelles et matérielles concernant les conditions de validité et de prescription des lettres d'échange et billets à ordre (**Section I**) puis de proposer des solutions (**Section II**).

⁵⁶⁷H. Levy-Brull, « *Histoire de la lettre de change en France aux XVII^e et XVIII^e siècles* », Paris, 1933.

⁵⁶⁸R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975. Voir également, note n° 11.

SECTION I LES CONFLITS MATERIELS OPPOSANT LES DEUX INSTRUMENTS

La multiplication des règles matérielles d'unification ou d'harmonisation des législations cambiales suscite des conflits de lois dès qu'une lettre de change ou un billet à ordre, émis dans un pays, circule ou est payable à l'étranger.

Il convient donc d'examiner les conditions de validité des lettres de change et billets à ordre (**paragraphe I**) puis leur régime de prescription dans les deux instruments internationaux (**paragraphe II**).

Paragraphe I Le conflit relatif à la validité des effets de commerce

La lettre de change et le billet à ordre sont des titres par lesquels une personne (le tireur) donne l'ordre à une autre personne (le tiré) ou promet (le souscripteur) de payer une somme d'argent certaine à une date déterminée à une personne (le bénéficiaire) ou à son ordre.

Les conditions de fond requises pour la validité de la lettre de change se rattachent à l'idée que le titre est appelé à constater une obligation de somme d'argent assumée par le tireur. Aussi, la plupart des lettres de change et billets à ordre sont soumis aux règles de droit commun (**I**). Instruments de crédit, la lettre de change et le billet à ordre doivent pouvoir circuler librement. Mais pour qu'il en soit ainsi, il importe que ces documents soient aisément reconnaissables. Les conditions de forme revêtent ainsi une importance exceptionnelle due aux fonctions que les titres cambiales sont appelés à remplir dans la vie économique⁵⁶⁹ (**II**).

I Les conflits relatifs aux conditions de fond des lettres de change et billets à ordre dans les deux instruments

Le tireur qui crée la lettre de change doit donner un consentement valable (**A**) et avoir la capacité nécessaire (**B**). Son engagement doit avoir une cause réelle et licite (**C**).

A Le consentement

Le consentement du signataire d'un effet de commerce est une condition nécessaire à la validité et à l'efficacité de l'engagement cambial, comme en matière contractuelle.

Il y a absence de consentement lorsque la signature du tireur a été apposée sur un papier qui a été transformé après coup en lettre de change. Il en est également ainsi lorsque son consentement a été donné sous l'empire de la violence physique absolue qui a réduit sa main à être un simple

⁵⁶⁹Op cit, note n°569.

instrument⁵⁷⁰. Il en est de même du tireur dont la signature a été imitée par un faussaire.

La personne dont le consentement fait totalement défaut peut opposer à tout porteur l'exception tirée de l'absence de consentement⁵⁷¹.

S'agissant des vices du consentement, il a été admis en jurisprudence que le consentement du tireur doit être exempt d'erreur, de violence ou de dol⁵⁷². Toutefois, les vices du consentement sont totalement ignorés tant par l'AUDCG que par le Règlement UEMOA.

En droit international privé, il est généralement admis que les questions relatives au consentement des parties; spécialement celles de son existence et de ses vices; sont soumises à la loi du contrat⁵⁷³.

La soumission des vices du consentement à la loi du contrat se comprend aisément. En effet, les vices du consentement ne concernent pas la personne comme telle, en ce qu'ils ne sont pas définis en raison des caractères d'une personne : l'erreur, la violence, ou le dol tiennent d'abord aux circonstances de l'acte, tandis que la minorité ou la démence sont des caractères permanents de la personne⁵⁷⁴.

Les lois sur les vices du consentement visent donc à obtenir des contrats corrects quelle que soit la personne qui les passe. A cet égard, ils sont soumis à la loi du contrat⁵⁷⁵. La compétence de la loi du contrat pour les conditions relatives au consentement est aussi retenue par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et par le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats de l'OHADA.

Le champ limité de l'AUDCG et du Règlement UEMOA impose de revenir au droit international privé commun : un acte juridique est en principe soumis à la loi choisie par les parties. Aussi le consentement du tireur de la lettre de change et du billet à ordre est gouverné par la loi d'autonomie.

La relative jeunesse du droit OHADA ne nous a pas permis de relever des cas d'application jurisprudentielle de la loi d'autonomie en matière d'effets de commerce. Malgré l'absence de jurisprudences, la doctrine admet majoritairement que la loi d'autonomie régit les vices du consentement⁵⁷⁶ sous réserve des lois de police et l'ordre public qui constituent les seules limites à

⁵⁷⁰ Op cit, note n° 569., spéc. p. 94, spéc. note 94.

⁵⁷¹ C.Gavalda et Stoufflet, « *Les effets de commerce* », t. II, Thémis, P.U.F, 2è éd. 1984.

⁵⁷² Tribunal de commerce de Lyon, 24 janv.1929, D.H, 1930, somm.5.

⁵⁷³ P. Mayer, V. Heuzé, « *Droit international privé* », 11è éd. L.G.D.J.,2014, p.546, spéc. 775.

⁵⁷⁴ H. Batiffol, « *Droit international privé* », Tome II, LGDJ, 1971, p. 247, spéc. n° 596.

⁵⁷⁵ Op cit, note n°574.

⁵⁷⁶ Op cit, note n°569, spéc. n° 663, voir également, H. Batiffol, « *Droit international privé* », Tome II, LGDJ, 1971, p.247, spéc. n° 596.

l'application de l'autonomie de la volonté.

En l'absence de dispositions particulières de l'AUDCG et du Règlement UEMOA, il convient de soumettre les vices du consentement en matière d'effets de commerce aux règles de droit international privé de chacun des États membres de l'OHADA ou de l'UEMOA. Les règles de conflit des États membres de l'OHADA et de l'UEMOA prévoient divers critères de rattachement.

En l'absence de loi clairement désignée, l'article 11, alinéa 2 du code civil de la République Démocratique du Congo soumet le contrat à la loi du lieu de conclusion⁵⁷⁷. Cette disposition est particulièrement intéressante en matière d'effets de commerce dans la mesure où le lieu de souscription a été retenu par la doctrine comme étant la loi applicable aux modalités ainsi qu'aux vices qui peuvent affecter le consentement de celui qui s'engage sur un effet de commerce⁵⁷⁸. Ce critère s'harmonise avec les solutions consacrées par les articles 149 et 150 du Règlement UEMOA qui soumettent la forme de la lettre de change et ses effets à la loi du lieu de sa souscription. On évite ainsi le dépeçage du contrat. Toutefois, certains auteurs ont préféré le lieu du paiement⁵⁷⁹ pour trois raisons principales.

D'une part, le lieu du paiement est stable et connu de tous, puisqu'il figure sur le titre cambiaire⁵⁸⁰ ; à l'inverse, le lieu de souscription peut être fortuit et ignoré de tous à l'exception du souscripteur concerné. D'autre part, « *le paiement est la raison d'être de l'effet de commerce. Tous les signataires et tous les bénéficiaires successifs ne peuvent pas ne pas se préoccuper du régime légal en vigueur là où cette opération essentielle - le paiement - doit s'accomplir* »⁵⁸¹. De fait, le lieu du paiement est le lieu où se réalise le droit, où naissent les litiges et où sont prises les mesures d'exécution forcée⁵⁸². Ces arguments forts n'ont pas été formellement consacrés par les juges de la CCJA.

B La capacité

Si les efforts des rédacteurs de l'AUDCG et du Règlement UEMOA ont abouti à des progrès importants, l'ambition unificatrice qui les motivait n'a pas abouti. Les deux instruments ne couvrent pas tous les domaines. Il existe donc des lacunes. Il en résulte qu'à côté des règles uniformes issues des deux instruments internationaux, les règles de conflit de lois ont encore vocation à s'appliquer.

⁵⁷⁷ Voir notre première Partie, Titre I, Section II, Paragraphe III.

⁵⁷⁸ H. Batiffol et P. Lagarde « *Droit international privé* » Tome. 1, n° 345 LGDJ, 1971.

⁵⁷⁹ B. Goldman, « *Les conflits de lois en matière d'instruments négociables* », rapport à l'International Bar Association, Third conference of the Legal Profession, London, July 19-31, 1950, La Haye 1952, p. 300-316.

⁵⁸⁰ JurisClasseur Droit international, Fasc. 566-20, 30 Octobre 2002.

⁵⁸¹ R. Chemaly, « *Conflits de lois en matière d'effet de commerce* » : RCADI, II/1988, t. 209, p. 361 s

⁵⁸² Op cit, note n°581.

C'est le cas en matière de capacité des personnes physiques et des personnes morales à souscrire des effets de commerce. Nous n'évoquerons que le cas des personnes physiques. L'essentiel de l'activité commerciale est exercée par les personnes physiques en Afrique à cause notamment du taux d'analphabétisme très élevé sur le continent. Ensuite, la capacité des personnes morales a été traitée dans notre première partie.

Les rédacteurs de l'AUDCG et du Règlement UEMOA, confrontés à la spécificité de chaque système juridique, ont préféré laisser de côté certains problèmes pour lesquels l'uniformisation était irréalisable et les ont renvoyés aux droits nationaux de chaque État membre. Tel est le cas de la capacité cambiaire liée à la capacité civile en général.

C'est ainsi que l'article 6 de l'AUDCG dispose que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ».

Dans le même ordre d'idées, l'article 7 du même acte dispose que « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ».

Le Règlement UEMOA, de son côté, prévoit en son article 153 que « *Les lettres de change, souscrites par des mineurs non-négociants sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties conformément au droit commun* ».

Cette incapacité cambiaire ou à exercer des actes de commerce est également prévue par les droits nationaux des États membres des deux organisations.

Les articles 57 du code des obligations civile et commerciale du Sénégal et 48 du RGO du Mali disposent que « *Toute personne peut contracter, si elle n'en est déclarée incapable par la loi* ». La capacité est donc appréciée au regard de la loi nationale de la personne physique.

L'article 4 du code de commerce du Mali dispose que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle s'il n'est juridiquement capable. Le mineur, sauf émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant* ».

Puisque la lettre de change constitue dans l'AUDCG et le Règlement UEMOA un acte de commerce par la forme, le principe est que, pour pouvoir contracter valablement une obligation cambiaire, il faut avoir la capacité d'accomplir des actes de commerce. La règle est applicable quelle que soit la qualité du souscripteur : tireur, accepteur, endosseur, avaliseur⁵⁸³.

⁵⁸³Op cit, note n°569; p. 95; spéc. n° 96.

Il en résulte que l'aptitude à s'engager par lettre de change ou billet à ordre est déterminée, selon les pays, soit par la loi nationale du signataire, soit par la loi du lieu de signature de l'effet⁵⁸⁴.

L'âge légal de la capacité et la situation des mineurs varient sensiblement selon les lois des États membres de l'UEMOA et de l'OHADA.

Le droit guinéen opte pour la loi nationale, règle de rattachement, appliquant aux effets de commerce le principe général énoncé par l'article 9, alinéa 2 de son code civil : « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les guinéens, même résidant en pays étranger* ».

S'agissant de la majorité, l'article 399 du code civil guinéen fixe la majorité à 21 ans tandis que l'article 276 du code de la famille du Sénégal la fixe à 18 ans.

Cette situation devient internationale dès lors qu'un guinéen tire une lettre de change sur un sénégalais. La question de la capacité se posera selon que le guinéen saisisse son propre juge pour déterminer la capacité du sénégalais à exercer le commerce ou le sénégalais saisisse son for pour déterminer la capacité du guinéen. Il y a conflit de lois. En effet, nous nous interrogeons s'il faut apprécier la capacité selon la loi guinéenne du juge saisi ou suivant la loi personnelle du tiré (sénégalais).

Le juge guinéen appliquera ses règles de droit international privé pour déterminer la loi applicable à la capacité. En application de l'article 9, alinéa 2 du code civil guinéen, il appliquera le droit sénégalais au tiré pour déterminer si ce dernier est capable. En effet, l'article 9 est bilatéral et se lit ainsi « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes sont régies par leur loi nationale* ». Le guinéen est capable selon la loi guinéenne et le sénégalais est capable selon la loi sénégalaise. Cependant, il peut arriver que le tiré ignore la loi nationale du tireur ou inversement parce que son contenu est difficile à connaître. Dans une telle espèce, l'arrêt Lizardi a jugé que l'ignorance du contenu de la loi étrangère par le cocontractant était excusable, si ce dernier a traité « *sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi* ». Ainsi, dès lors qu'elle est excusable, l'ignorance de la loi étrangère valide l'acte litigieux⁵⁸⁵.

En revanche le mineur de moins de 18 ans ne peut pas valablement émettre une lettre de change tel qu'il ressort des articles 7 de l'AUDCG et 153 du Règlement UEMOA.

La nullité qui entache la traite souscrite par un mineur est une nullité de protection telle qu'il résulte

⁵⁸⁴Op cit, note n°569 ; spéc. n°492.

⁵⁸⁵Cass. Req., 16 janv. 1861 : DP 1861, 1, p.193 ; S. 1861, 1, p. 305, note Massé. – Ancel et Lequette, Op. cit., n°5.

de l'article 153 précité selon lequel « *Les lettres de change souscrites par des mineurs (.....) sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties conformément au droit commun* ».

Il s'agit donc d'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par le mineur ou ses représentants⁵⁸⁶.

Par ailleurs, l'action du mineur pour obtenir la nullité de son engagement soulève un conflit de compétence de juridictions que ni l'AUDCG ni le Règlement UEMOA ne règlent.

Quand le mineur invoque la nullité de son engagement cambiaire par voie d'action principale, la juridiction compétente est le tribunal civil puisque ce tribunal est compétent, en principe, pour trancher les litiges relatifs à la capacité des personnes⁵⁸⁷.

Mais si le mineur, actionné devant le tribunal de commerce parce qu'en souscrivant une lettre de change il a fait un acte de commerce, excipe de la nullité de son engagement devant cette juridiction, les juges consulaires peuvent en connaître conformément à la règle que le juge de l'action est juge de l'exception⁵⁸⁸. Cette précision est nécessaire parce que dans la plupart des États membres des deux organisations, il n'existe pas de tribunaux de commerce. Dans certains États membres ce sont des chambres spécialisées qui statuent en matière commerciale.

Il résulte des dispositions combinées des articles 6 et 7 de l'AUDCG et 153 du Règlement UEMOA que le mineur peut opposer son incapacité à tous les porteurs, même de bonne foi. Cette solution a paru indispensable pour assurer la protection efficace de l'incapable⁵⁸⁹. Mais l'invalidité de l'engagement du tireur incapable n'affecte pas l'engagement des signataires postérieurs. Le principe de l'indépendance des signatures tel qu'il est formulé par l'article 153, alinéa 2 du Règlement UEMOA, vise spécialement les lettres qui portent des signatures de « *personnes incapables de s'obliger par lettre de change (...)* ».

⁵⁸⁶ R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975. Voir également; spéc. n°98.

⁵⁸⁷ Op cit, note n°586; spéc. n°98.

⁵⁸⁸ Cass. Civ, 28 mars 1857, D.1857.1.126.

⁵⁸⁹ Op cit, note n°586, spéc. n°99.

Il existe néanmoins des tempéraments à cette nullité. L'incapacité cambiariaire du mineur n'empêche pas cependant qu'il puisse être tenu, dans certains cas, de payer les lettres de change.

D'abord, le mineur ne saurait invoquer son incapacité pour se soustraire au paiement d'une dette de change assumée par son auteur défunt. Dès lors qu'il n'a pas souscrit lui-même la traite, il doit payer en qualité d'héritier du tireur.

Ensuite, il faut remarquer que la mention finale de l'article 153, alinéa 1 du Règlement UEMOA réserve formellement « (...) *les droits respectifs des parties conformément au droit commun* ». Cette disposition ouvre la possibilité pour le bénéficiaire d'agir contre le mineur incapable sur le fondement du droit commun de la responsabilité. Ainsi le bénéficiaire peut agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Dans ce cas, il peut exiger du tireur incapable la restitution de la valeur dont celui-ci s'enrichirait injustement.

Si le mineur se rend coupable d'un délit ou d'un quasi-délit à l'occasion du tirage d'une traite, il doit réparer le préjudice qu'il a causé au porteur par l'émission d'un titre nul, et la réparation la plus adéquate consiste en une condamnation au paiement du montant de la traite.

L'ensemble des hypothèses avancées n'est pas visé par le droit matériel. Il faut impérativement mettre en œuvre les règles de conflit afin de désigner la loi applicable aux hypothèses ci-dessus citées.

C La cause

La cause est totalement ignorée tant par l'AUDCG que par le Règlement UEMOA, ce qui nécessite sa définition. La cause de la traite consiste tantôt dans une obligation antérieure du tireur envers le preneur, que l'émission du titre a pour but d'éteindre, tantôt dans le désir du tireur de se procurer du crédit auprès du preneur par l'escompte, ou de cautionner la dette d'autrui, ou de gratifier le bénéficiaire⁵⁹⁰.

A travers cette définition, nous constatons que la cause a une place différente selon l'ordre juridique concerné. La diversité de traitement dont elle peut faire l'objet explique que l'AUDCG et le Règlement UEMOA l'abandonnent aux droits nationaux.

Dans la tradition civiliste des États membres de l'OHADA et de l'UEMOA, la cause doit être licite. Aussi, le caractère illicite de la cause entraîne la nullité du titre cambiariaire.

⁵⁹⁰R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975, p.108., spéc. n°117.

Il convient juste de rappeler que la cause peut être paralysée par l'ordre public du for⁵⁹¹. Sur le terrain du conflit de lois lorsque la loi du contrat exige une cause et que celle-ci se trouve dans un rapport juridique antérieur, par exemple un contrat de fourniture, la validité de ce contrat doit s'apprécier conformément à la loi dont il relève⁵⁹². L'article 56 du RGO du Mali s'inscrit dans le même ordre d'idées en ce qu'il dispose que « *Le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Ainsi, si une traite est souscrite pour payer le prix d'acquisition d'une maison de tolérance au Mali, le juge malien prononcera la nullité de la traite parce que le motif déterminant du contrat est contraire à son ordre public.

II Les conditions de forme des lettres de change et billets à ordre dans les deux instruments

La lettre de change est un titre qui suppose nécessairement un écrit. Cet écrit est pratiquement toujours un acte sous-seing privé. En l'absence d'écrit, une partie ne saurait être admise à faire preuve de l'émission d'une lettre de change par quelque procédé que ce soit.

L'article 149 du Règlement UEMOA règle d'une manière complète la forme de la lettre de change en reproduisant la loi uniforme de Genève et l'article L.511-1 du code de commerce français. La lettre de change doit contenir des mentions obligatoires (**A**) dont les défauts sont sanctionnés (**B**).

A Les mentions obligatoires

L'AUDCG ne précise pas les formes que doivent revêtir la lettre de change et le billet à ordre tandis que l'article 149 du Règlement UEMOA précise que la lettre de change doit contenir :

- 1° la dénomination de « *lettre de change* » insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ;
- 2° le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- 3° le nom de celui qui doit payer (le tiré) ;
- 4° l'indication de l'échéance ;
- 5° l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
- 6° le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
- 7° l'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ;

⁵⁹¹V. Thomas, « *Effets de commerce: Lettre de change et billet à ordre -warrant* », JurisClasseur Droit international, 30 Octobre 2002.

⁵⁹² Op cit, note n°591, spéc. n° 663.

8° la signature de celui qui émet la lettre (tireur).

Ces conditions de forme doivent être remplies à peine de nullité de la lettre de change. Par forme, il faut comprendre « *l'ensemble des questions de validité de la création des instruments négociables et de la transmission par endossement des titres à ordre, à la seule exception de l'aptitude à s'engager hoc modo* »⁵⁹³. L'article 149 fait produire des effets substantiels aux mentions figurant sur la lettre de change. Ainsi sous l'apparence des règles de forme se cachent de véritables règles de fond⁵⁹⁴. Les lettres de change sont des titres formels, et une part importante de leur validité tient au respect du formalisme employé. Le titre qui ne contient pas de mention obligatoire ne vaut pas comme lettre de change. D'où la difficulté à faire la part entre fond et forme, alors même que la forme semble absorber le fond⁵⁹⁵. Sous réserve de cette difficulté, il y a lieu de s'interroger sur l'application et la détermination de la loi compétente.

Le Règlement UEMOA n'ayant pas prévu de règles de conflit, on peut supposer que dans l'esprit de ses rédacteurs, les conditions de forme des actes juridiques sont soumises à la loi du lieu de réalisation de l'acte, c'est-à-dire, la règle *locus regit actum*. Et dans le prolongement de cette règle, la forme de chaque déclaration cambiaire sera régie par la loi du lieu où elle intervient.

Si une traite a été souscrite dans l'espace UEMOA, elle devrait répondre aux conditions de forme prévues par ledit Règlement à peine de nullité. En faisant intervenir les règles de conflit, nous pouvons résumer la solution du Règlement en ces termes : « *la forme des engagements pris en matière de lettre de change et de billet à ordre est réglée par la loi du pays sur le territoire duquel ces engagements ont été souscrits* ». Cette règle est impérative.

L'énumération des mentions obligatoires révèle un formalisme strict inspiré de la Convention de Genève du 7 juin 1930. Ce formalisme doit être moins accentué dans la mesure où tous les États du monde n'ont pas adhéré à la Convention encore moins au Règlement UEMOA. Ces États peuvent qualifier de lettre de change, celle qui ne contienne pas toutes les mentions du Règlement. Il en est ainsi des pays anglo-saxons tels que la Grande Bretagne et les États-Unis. En effet, selon la loi de ces États, constitue une lettre de change valable un écrit signé par le tireur, et contenant un ordre pur et simple de payer une somme déterminée, à une certaine échéance, au porteur, à une personne

⁵⁹³ B. Goldman « *Les conflits de lois en matière d'instruments négociables. Rapport à l'International Bar Association* » : Third conference of the Legal Profession, London, July 19-31, 1950, La Haye 1952, p. 300.

⁵⁹⁴ V. Thomas, « *Effets de commerce: Lettre de change et billet à ordre -warrant* », *JurisClasseur Droit international*, 30 Octobre 2002.

⁵⁹⁵ R. Libchaber, « *Effets de commerce et chèques* », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998.

désignée ou à l'ordre de celui-ci (Sec.3 BEA.; Section 3.104 (4) UCC)⁵⁹⁶.

Un ressortissant d'un État membre de l'UEMOA (personne physique ou morale) souscrit une lettre de change aux États-Unis qui ne comporte pas la dénomination « *lettre de change* », l'indication du lieu de paiement. Cette lettre vaut-elle lettre de change? Si oui, quelle loi s'appliquera à sa validité?

Nous proposons un raisonnement à deux temps.

En premier lieu, supposons que le for du ressortissant UEMOA soit saisi de cette affaire. Peut-il, en application des dispositions du Règlement UEMOA, se prononcer sur les conditions de forme de la lettre de change souscrite aux États-Unis par un ressortissant de l'UEMOA et par conséquent sa validité?

Le Règlement UEMOA prévoit que les lettres de change et billet à ordre souscrits dans un État membre de l'UEMOA doivent revêtir les mentions obligatoires de l'article 149 précité. Le Règlement ne prévoit pas de règles de conflit applicables. Il reviendra au for saisi de mettre en œuvre ses propres règles de conflit de loi afin de désigner la loi applicable.

En droit international privé, la forme des actes est soumise à la loi du lieu de leur conclusion tel qu'il ressort de l'article 3 de la Convention de Genève qui dispose que « *La forme des engagements pris en matière de lettre de change et de billet à ordre est réglée par la loi du pays sur le territoire duquel ces engagements ont été souscrits* ». Le for mettra donc en œuvre ses propres règles de conflit pour désigner la loi applicable à la forme des lettres de change.

La lettre de change n'étant pas souscrite dans un État membre de l'OHADA, c'est la loi américaine qui s'applique.

En second lieu, le for américain est saisi. Il se référera à la section 3-104 (4) UCC. La lettre est souscrite aux États-Unis, et elle contient les formalités prévues par la section précitée. Le for appliquera, en conséquence, les dispositions du code de commerce des États-Unis.

Ainsi, le principe *lex loci actus* trouve pleinement sa justification en matière d'effets de commerce. Elle institue la prévisibilité et la sécurité.

Quid d'une lettre de change qui ne contient pas les mentions obligatoires prévues à l'article 149 du Règlement UEMOA?

⁵⁹⁶Op cit, note n°595.

B Les sanctions de l'absence ou de l'inexactitude des mentions obligatoires de la lettre de change

L'AUDCG après avoir énuméré les effets de commerce dans son article 4 n'a indiqué ni les conditions de forme ni les sanctions encourues lorsque l'une des mentions prévues aux lettres de change viendrait à faire défaut. Il est revenu aux droits nationaux et au Règlement UEMOA de poser les sanctions relatives à l'absence ou à l'inobservation des mentions obligatoires propres aux effets de commerce.

Les articles 149 du Règlement UEMOA et 759 du code de commerce du Mali disposent que « *Le titre dans lequel une des énonciations indiquées aux alinéas précédents fait défaut ne vaut pas comme lettre de change (...)* ».

Il faut en conclure que le moyen tiré de la nullité est d'ordre public et que le juge peut le soulever d'office⁵⁹⁷.

Mais, la suite de l'article 149 envisage des dispositions légales supplétives. Ces règles supplétives permettent d'écarter la sanction de la nullité, et, de ce fait, réduisent le nombre des mentions réellement obligatoires. Ces mentions doivent être interprétées restrictivement.

- A défaut d'indication d'échéance, la lettre est considérée comme payable à vue. Cette indication ne peut pas être contredite par la preuve contraire. Elle est applicable lorsqu'aucune échéance n'est indiquée.
- A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement et, en même temps, le lieu du domicile du tiré.
- La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur.

Les positions de la CCJA et des juridictions nationales ne sont pas encore fermement établies par rapport à ces règles supplétives. Un arrêt de la CCJA en date du 11 décembre 2008 a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Daloa (Côte d'Ivoire) au motif que l'article 110 du code de commerce de Côte d'Ivoire n'exige pas un emplacement spécifique de la signature du tireur sur la lettre de change⁵⁹⁸.

Mais dans l'opinion générale, la nullité résultant de l'omission d'une mention essentielle est opposable à tout porteur, parce qu'il s'agit d'un vice apparent que chacun peut apercevoir en lisant le

⁵⁹⁷ R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975, p.108., spéc, n° 135.B., p.122.

⁵⁹⁸ CCJA, 2ème Ch, arrêt 056 du 11 décembre 2008, aff. Épouse K-K c/ D, juris Ohada n° 1/2009, janv-mars, p. 24. voir également site: www.ohada.com

litre⁵⁹⁹.

Paragraphe II La prescription en matière de lettre de change

Il est admis depuis très longtemps qu'à raison de la rigueur du droit de change et de la multiplicité des personnes intéressées par la circulation des effets de commerce, la situation de chacun doit être réglée rapidement, de façon à éviter des recours pendant un laps de temps trop long.

De façon générale, il existe dans les espaces UEMOA et OHADA plusieurs catégories de prescription extinctive, qui reposent sur des idées différentes. La prescription de droit commun dans les États membres de l'OHADA (dix ans pour le Sénégal, vingt ans pour le Mali et trente ans pour la Guinée) est aménagée dans l'intérêt général pour assurer le maintien des situations acquises et sanctionner la négligence commise par le créancier. La prescription commerciale est de dix ans au Mali alors qu'elle est de cinq ans dans l'AUDCG. Ce dernier prévoit également des prescriptions courtes (biennale) telle en matière de vente commerciale et, (d'une année) en matière de transport.

Puis par les nécessités pratiques tenant à la rapidité des règlements commerciaux, le Règlement UEMOA a institué une prescription triennale. Il prévoit également des prescriptions plus courtes (une année et six mois).

Il convient dès lors d'étudier le domaine d'application de la prescription cambiaire **(I)**, les règles de calcul de la prescription cambiaire **(II)** ainsi que l'interruption et la suspension de la prescription cambiaire **(III)**.

I Domaine de la prescription cambiaire dans les instruments AUDCG et UEMOA

Il convient de relever que la prescription prévue aux articles 16 et suivants de l'AUDCG ne s'applique pas aux effets de commerce quand bien même ces derniers lient deux commerçants dans leurs rapports. Mais peuvent néanmoins s'appliquer comme nous le verrons ci-après. Les effets de commerce sont indépendants du contrat auquel ils sont rattachés. Ils sont soumis à la prescription spéciale prévue à l'article 149 du Règlement UEMOA.

Dès lors, il convient de préciser les conditions d'application de la prescription **(A)** puis d'examiner les recours qui échappent à la prescription cambiaire **(B)**.

⁵⁹⁹Op cit, note n°58. spéc. n° 135. p.123.

A Les conditions d'application de la prescription cambiaire

L'article 223 du Règlement UEMOA suppose d'abord l'existence d'une lettre de change valable.

La prescription cambiaire ne peut fonctionner qu'entre deux personnes dont l'une tire directement son droit de créance et l'autre de sa dette de l'émission, de la circulation ou du paiement d'une lettre de change⁶⁰⁰. Elle s'applique ainsi aux actions qui appartiennent au porteur contre le tiré accepteur ou contre un garant de paiement⁶⁰¹ ainsi qu'aux actions récursoires exercées contre ses garants par un obligé du change.

Les actions contre le tiré non accepteur sont, en revanche, soumises aux dispositions du droit commun. C'est là où l'AUDCG trouve pleinement à s'appliquer. En effet, il s'agirait d'un litige fondé sur les relations entre commerçants. En application de l'article 16 de l'AUDCG « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Enfin, la prescription de l'article 223 du Règlement UEMOA éteint uniquement les actions cambiales, qui ont leur origine dans la signature apposée par le débiteur sur la traite. Aussi, nous pensons que les rapports extérieurs au titre qui ont motivé la création et les transmissions successives de la traite restent soumis à la prescription de droit commun.

B Les recours qui échappent à la prescription cambiaire

La réglementation de la prescription cambiaire UEMOA ne trouve pas à s'appliquer dans tous les cas. Certains rapports lui échappent. Tel est le cas lorsque le tireur, après avoir fait provision, a été obligé de payer le porteur. Dans cet ordre d'idées, l'article 155 du Règlement UEMOA dispose qu'« *il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change* ». Le tireur doit donc être créancier au moment de la présentation de la lettre de change au tiré. Si la créance n'existe pas au jour de la présentation de la lettre de change, dans ce cas, le tireur conserve contre le tiré une action directe de mandat, soumise à la prescription de droit

⁶⁰⁰ Op cit, note n°58. spéc. 430, p.363.

⁶⁰¹ L'article 223 du Règlement UEMOA dispose que « *Les actions résultant de la lettre de change contre l'accepteur se prescrivent par trois (3) ans à compter de la date de l'échéance. Les actions du porteur contre les endosseurs et contre le tireur se prescrivent par un an à compter de la date du protêt dressé en temps utile ou de celle de l'échéance, en cas de clause de retour sans frais. Les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur se prescrivent par six (6) mois à partir du jour où l'endosseur a remboursé la lettre ou du jour où il a été lui-même actionné* ».

commun.

Ensuite, la prescription cambiaire ne s'applique pas à l'hypothèse où le tiré, ayant acquitté la lettre de change sans avoir reçu provision, poursuit son remboursement contre le tireur : l'action que le tiré exerce est une action de gestion d'affaires, entièrement soumise au droit commun⁶⁰². En effet, le tireur ne justifie pas de sa créance à l'égard du tiré. L'absence de provision traduit l'absence de créance. Le tiré va accomplir un acte dans l'intérêt du tireur alors même qu'il n'y est pas obligé. Néanmoins, s'il est actionné par la banque et qu'il paie, il dispose d'une action contre le tireur.

Cette action échappe à la prescription cambiaire. Il s'agit d'un quasi contrat.

En droit OHADA, la prescription est soumise à la loi applicable au fond conformément à l'article 16 alinéa 2 de l'AUDCG ou à la lex fori. Il en va autrement pour les quasi-contrats.

En droit international privé, le droit applicable aux quasi-contrats est déterminé conformément à la loi de la relation existante, la loi du domicile des parties, la loi du lieu de réalisation du quasi-contrat, et, au titre de la clause d'exception, la loi des liens les plus étroits. Ces différents rattachements sont issus du Règlement Rome II du 11 juillet 2007. Ce dernier prévoit également que les parties peuvent choisir le droit applicable à leurs relations quasi contractuelles (loi d'autonomie). Dans ce dernier cas, les parties au quasi-contrat peuvent choisir le droit applicable à leur relation quasi contractuelle avant même la survenance du fait générateur à la condition qu'« *elles exercent toutes une activité commerciale* »⁶⁰³. Dans une telle hypothèse, si les parties ont choisi l'AUDCG, la prescription sera soumise au droit commun de la vente OHADA, laquelle prévoit une prescription quinquennale⁶⁰⁴. La soumission de la prescription à l'AUDCG s'explique par le fait que les deux parties résident dans l'espace OHADA d'une part, d'autre part, elles ont toutes la qualité de commerçant. Le droit commun applicable aux obligations commerciales est régi par l'AUDCG.

Enfin, la réglementation cambiaire ne s'appliquera pas aux rapports de la caution qui a payé et de celui dont elle avait garanti l'engagement. En effet, après avoir payé le porteur, la caution conserve un droit d'agir contre celui pour qui elle a payé sur le fondement du contrat de cautionnement et non sur le recours cambiaire. La prescription de la créance de la caution, si elle est commerçante, se

⁶⁰²Lescot et Roblot, n° 716, comp.Riom, 3 mars 1854, D.1855.2.250.

⁶⁰³Voir article 14 b) du Règlement Rome II du 11 juillet 2007.

⁶⁰⁴L'article 16 de l'AUDCG : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

prescrira par cinq ans, conformément au droit commun de l'AUDCG.

L'AUDCG apparaît aussi efficace que le Règlement UEMOA en matière de prescription.

En définitive, les instruments de paiement et de crédit ne constituent pas une cause de désagrégation de l'AUDCG mais participent au contraire à son enrichissement.

Après avoir mis en exergue les recours qui échappent à la prescription cambiaire, il nous faut, à présent, nous concentrer sur le calcul de la prescription cambiaire.

II Les règles de calcul de la prescription cambiaire

L'article 223 du Règlement UEMOA distingue l'action contre l'accepteur (**A**), l'action du porteur contre le tireur et les endosseurs (**B**) et les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur (**C**). Chacune de ses actions est soumise à un délai qui lui est propre.

A Action contre l'accepteur

L'article 223 alinéa 1 du Règlement UEMOA dispose que : « *Les actions résultant de la lettre de change contre l'accepteur se prescrivent par trois (3) ans à compter de la date de l'échéance* ». Ce délai s'explique par le fait que l'accepteur est le débiteur principal alors que les autres obligés ne font que garantir son engagement⁶⁰⁵.

Le point de départ est toujours la date de l'échéance et, il en est ainsi, dès lors que la formule légale n'admet aucune dérogation, même si l'accepteur pouvait être recherché avant l'échéance. Pour les lettres de change à vue, la prescription court du jour de la présentation. Pour les lettres à un certain délai de vue, elle court du jour de l'acceptation ou du protêt. Ce délai spécial de prescription propre à la lettre de change prévaut sur les délais de prescription de l'AUDCG et sur les délais nationaux de prescription.

Toutefois, il convient de préciser que la nouvelle réglementation relative à la prescription des lettres de change ne s'applique qu'aux effets de commerce au jour de son entrée en vigueur. Tous les autres effets de commerce antérieurs à son entrée en vigueur demeurent régis par les dispositions nationales.

Il en résulte que des conflits mobiles pourraient naître avec l'adoption du Règlement UEMOA.

De ce qui précède, il apparaît que la prescription est soumise à la loi applicable au contrat de change.

⁶⁰⁵Op cit, note n°. 597 spéc.n°432., p.365.

B Les actions du porteur contre le tireur et les endosseurs

L'article 223 alinéa 2 du Règlement UEMOA dispose que « *Les actions du porteur contre les endosseurs et contre le tireur se prescrivent par un an à compter de la date du protêt dressé en temps utile ou de celle de l'échéance, en cas de clause de retour sans frais* ». Puisque le recours est dirigé contre des garants et non plus contre le débiteur principal, il est normal que la prescription soit acquise plus rapidement qu'à l'égard du tiré accepteur⁶⁰⁶.

Le point de départ est en principe la date du protêt dressée en temps utile, ou celle de l'échéance au cas de clause de retour sans frais. Le protêt doit s'entendre aussi bien du protêt faute d'acceptation que du protêt faute de paiement, puisque le protêt faute d'acceptation ouvre au profit du porteur, comme le protêt de paiement, un recours immédiat contre le tireur et les endosseurs.

L'article 223, alinéa 2 uniformise le délai de prescription dans les États membres de l'UEMOA. Toutefois, là également, la disposition ne s'applique qu'aux procédures en cours ou nées postérieurement à l'entrée en vigueur du Règlement. Les procédures antérieures à l'entrée en vigueur sont régies selon le droit en vigueur dans les États membres.

C Les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur

L'article 223, alinéa 3 du Règlement UEMOA dispose que « *Les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur se prescrivent par six (6) mois à partir du jour où l'endosseur a remboursé la lettre ou du jour où il a été lui-même actionné* ». Il s'agit d'une lettre de change signée et acceptée. Elle est donc soumise à la prescription cambiaire. Le désir du législateur UEMOA a été que soient rapidement réglés les recours des garants qui ont remboursé la lettre.

Si l'endosseur, qui exerce un recours, a payé volontairement, le délai commence à courir du jour de son paiement.

Une fois que nous avons présenté les différents délais de prescription, nous nous attellerons à présent de préciser les causes d'interruption et de suspension de la prescription cambiaire.

⁶⁰⁶ R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975. spéc. 433. p.366.

III Les causes d'interruption et de suspension de la prescription cambiaire

Les causes d'interruption et de suspension de la prescription cambiaire tiennent à l'action en justice (A) et à la force majeure (B). L'ensemble de ces causes relèvent de *la lex fori* mais avec des assouplissements.

A L'action en justice

L'article 223, alinéa 4 du Règlement UEMOA est très évasif. Il ne précise pas les actions en justice susceptibles d'interrompre ou de suspendre la prescription. Il se contente d'énoncer que « *Les prescriptions, en cas d'action exercée en justice, ne courent que du jour de la dernière poursuite judiciaire. Elles ne s'appliquent pas s'il y a eu condamnation ou si la dette a été reconnue par acte séparé* ».

En l'absence de précision sur ce qu'il faut entendre par « *action exercée en justice* », il faudrait se référer au droit commun des États membres de l'UEMOA ou de l'OHADA.

L'AUDCG prévoit plusieurs cas de suspension et d'interruption de la prescription.

D'abord, l'article 21, alinéa 2 de l'AUDCG énonce que la médiation et la conciliation suspendent la prescription. En effet, cet article dispose qu'« *elle (la prescription) est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation* » . Nous en déduisons deux types de suspension de la prescription : les modes alternatifs de règlements de conflits (contractuel) et les modes judiciaires de suspension de la prescription telle que l'assignation ou les mesures d'instruction.

S'agissant des premiers, les parties d'un commun accord peuvent décider de recourir à la médiation ou la conciliation. Le seul fait d'introduire une demande de conciliation ou de médiation suspend la prescription. Mais avant de justifier la suspension de la prescription par la conciliation et la médiation, il convient d'abord de distinguer les deux vocables.

La médiation doit-elle être distinguée de la conciliation? La question est d'un intérêt fondamental en matière judiciaire. Les appellations juridiques sont en la matière mal contrôlées⁶⁰⁷.

La médiation est définie dans le vocabulaire juridique Capitant dirigé par le doyen Cornu comme le « *mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution* ».

⁶⁰⁷Le droit français du travail distingue en matière de conflits collectifs du travail le régime de la conciliation et celui de la médiation.

La conciliation privilégie le résultat, tandis que la médiation s'attache davantage aux moyens utilisés pour y parvenir⁶⁰⁸.

Une autre distinction, capitale celle-ci, doit être immédiatement opérée, en raison de la confusion qui peut régner dans les esprits. Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent se situer, soit totalement dans le cadre contractuel, soit à l'initiative ou sous le contrôle du juge. L'exclusion du juridictionnel n'emporte donc pas pour autant celle du judiciaire⁶⁰⁹. L'AUDCG et le Règlement UEMOA situent la conciliation et la médiation dans le cadre contractuel.

La médiation et la conciliation sont ou bien amiables (on dit aussi conventionnelles), ou bien judiciaires. La distinction est importante, car le législateur s'est parfois comme au Sénégal attaché à établir un cadre juridique pour la conciliation et la médiation judiciaires. En revanche, conciliation et médiation conventionnelles sont pour l'essentiel soumises à la théorie générale du contrat⁶¹⁰ tel qu'il est envisagé à l'article 21 alinéa 2 de l'AUDCG.

Il en résulte que les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) sont de nature à suspendre la prescription.

S'agissant des seconds, nous pouvons citer les mesures d'instruction et les actions en justice.

La prescription est suspendue en cas de mesure d'instruction ordonnée par le juge tel qu'il ressort de l'article 21 alinéa 3 de l'AUDCG. Cette mesure d'instruction est ordonnée par le for saisi.

Enfin, l'article 23 alinéa 2 de l'AUDCG dispose que « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription comme le délai de forclusion. Il en est de même lorsque la demande est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de la procédure* ».

De manière générale les dispositions UEMOA et AUDCG renvoient-elles à *la lex fori* ? Ou doivent-elles être interprétées comme désignant la *lex fori* pour connaître des causes de suspension et d'interruption ? La formulation des articles 23 alinéa 2 de l'AUDCG et 223 alinéa 4 du Règlement UEMOA exprime la volonté des auteurs de ces deux instruments de laisser au droit de chaque État contractant le soin de fixer les causes d'interruption et de suspension, sans imposer au for l'application de sa loi interne. Autrement dit, le juge saisi doit appliquer la loi désignée selon son propre droit international privé, au besoin une loi étrangère ce qui peut amener à soumettre le délai

⁶⁰⁸Ch. Jarossonn « *Les modes alternatifs de règlement de conflits, présentation générale* », RIDC, 1997, Vol. 49 n° 2, Avril-juin 1997, p.330.

⁶⁰⁹Op cit, note n°608.

⁶¹⁰Op cit, note n°608.

de prescription à une loi et ses causes d'interruption ou de suspension à une autre loi⁶¹¹.

B La force majeure

La détermination de la loi compétente pour régler l'admission de la force majeure et ses conséquences a toujours été discutée en droit international privé.

L'article 21 de l'AUDCG dispose que « *La prescription ne court pas ou est suspendue à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

L'article 197 in fine du Règlement UEMOA dispose simplement que « *Ne sont pas considérés comme constituant des cas de force majeure les faits purement personnels au porteur ou à celui qu'il a chargé de la présentation du chèque ou de l'établissement du protêt* ». En outre, il indique également, que le porteur a l'obligation de rester diligent pendant un délai de trente (30) jours; au-delà de ce délai, les recours peuvent être exercés, sans que la présentation et la confection d'un protêt soient nécessaires.

Le Règlement UEMOA ne définit pas la notion de force majeure tandis que l'article 296 alinéa 2 de l'AUDCG la définit comme « (...) *tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences* ».

Mais c'est véritablement à la jurisprudence qu'il est revenu de donner un critère à la force majeure.

De façon générale, la jurisprudence française considère que la prescription est suspendue, pour des raisons d'équité au profit du créancier qu'un obstacle insurmontable a empêché d'agir contre son débiteur⁶¹². La force majeure suppose donc la survenance de circonstances imprévisibles et inévitables; elle s'applique en cas d'impossibilité d'exécution⁶¹³. Il en résulte que la force majeure libère définitivement ou temporairement le contractant de ses obligations. La règle mérite d'être appliquée à la prescription du change, en tenant compte des effets particuliers attachés à la force majeure par le droit du change⁶¹⁴.

Ni le Règlement UEMOA ni l'AUDCG ne précisent la loi applicable à la force majeure. Elle est ainsi propice aux conflits de lois. Pour les résoudre, plusieurs solutions peuvent être imaginées dans l'espace OHADA-UEMOA en s'inspirant de la Convention de Genève du 7 juin 1930.

⁶¹¹H. Chahine, « *La prescription extinctive* » : RCADI 1995, t. 255, p. 328, n° 149.

⁶¹²Cass. civ., 10. févr. 1966, D. 1967, 315, note Prévault : « *attendu que la prescription ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir* ».

⁶¹³Bruxelles, 1^{ère} Ch. Civ, 25 janv. 2000, RG n°91/AR/2778 : Juridat, JB 41246-3.

⁶¹⁴R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975., p. 372, spéc. n° 443.

La première consiste à rattacher la force majeure à l'article 197 du Règlement UEMOA : dans la mesure où la force majeure affecte les délais d'exercice des recours cambiaires, la loi d'émission du titre devrait s'appliquer⁶¹⁵. Mais une telle solution paraît inacceptable car elle reviendrait à appliquer une loi complètement étrangère au porteur et aux endosseurs; en outre, la force majeure n'allonge pas le délai d'exercice de l'action en recours : elle retarde cette action en allongeant le délai préfix⁶¹⁶.

La deuxième solution repose sur la loi du lieu de paiement. L'article 199 du Règlement UEMOA soumet la forme et le délai du protêt à la loi du lieu où le protêt est dressé dans la mesure où il dispose que « *Le protêt doit être fait : au domicile de celui sur qui la lettre de change était payable ou à son dernier domicile connu* ». Il prévoit également l'application de la loi locale pour régir la forme des autres actes nécessaires à l'exercice ou à la conservation des droits en matière d'effets de commerce⁶¹⁷. La force majeure sera donc soumise à deux lois : la loi du lieu du paiement s'applique en cas de survenance de force majeure à la présentation au paiement tandis que la loi du domicile du tiré s'applique pour régler les questions relatives au protêt⁶¹⁸.

La troisième solution consiste à rattacher la force majeure à la loi des garants. La survenance d'un cas de force majeure modifie les obligations de diligence du porteur et, par suite, bouleverse la situation des garants⁶¹⁹. Or, les effets de l'engagement cambiaire des garants sont déterminés par la loi du pays où ils ont apposé leur signature⁶²⁰. Dès lors, les conditions du recours du porteur à l'encontre des garants y compris la notification de la force majeure à ces derniers sont commandées par la loi locale⁶²¹.

Il résulte de ce qui précède que la prescription est susceptible d'être soumise à plusieurs lois. En revanche ses causes de suspension relèvent pour l'essentiel de la lex fori. La force majeure, quant à elle, est soumise à la loi locale (lois du paiement, du garant etc.).

⁶¹⁵ Voir arrêt CA Paris, 25 juin 1931 : D. 1931, p. 450.

⁶¹⁶ Op. cit, note n°611 spéc. n°693.

⁶¹⁷ L'article 199 du Règlement UEMOA dispose que « *Le protêt doit être fait au domicile des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin* ».

⁶¹⁸ P. Bloch, « *Les lettres de change et le billet à ordre dans les relations commerciales internationales* », Économica, 1986, p. 22, spéc. 24. Voir également, R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975, spéc., n° 693.

⁶¹⁹ V. Thomas, « *Effets de commerce, lettres de change et billet à ordre* », Jurisclasseur droit international, Fascicule.566.20, 30 octobre 2002.

⁶²⁰ L'article 199 du Règlement UEMOA soumet le protêt à la loi du domicile des personnes indiquées par la lettre de change.

⁶²¹ R. Roblot, op cit., n°614, spéc. p.693. – op cit., n°75, spéc. p. 384.

SECTION II SOLUTIONS AUX CONFLITS DE LOIS EN MATIERE D'EFFETS DE COMMERCE

Le Règlement UEMOA a uniformisé les règles de forme des lettres de changes émises et payables dans la zone UEMOA. A cet égard, il a soumis la lettre de change à la règle *locus regit actum* (**Paragraphe I**) dont les effets peuvent être limités par les impératifs d'ordre économique (**Paragraphe II**).

Paragraphe I La soumission de la lettre de change a la règle *locus regit actum*

La désignation d'une loi applicable aux effets de commerce soulève, en réalité, de nombreuses difficultés :

- tout d'abord, en raison du caractère littéral du titre cambiaire,
- ensuite, le caractère international de l'effet de commerce ne peut pas résulter comme pour les contrats ou pour les paiements internationaux, de la nature de l'opération qui lui a donné naissance⁶²².
- L'émission et la circulation d'une lettre de change ou d'un billet à ordre international doivent être envisagées comme des opérations distinctes du contrat sous-jacent, à ce titre, soumises à une loi qui leur est propre.
- Enfin, la lettre de change et le billet à ordre étant des titres négociables, incorporent divers contrats entre plusieurs signataires, le tireur, l'endosseur, etc..., dont la conclusion et l'exécution, s'ils ont lieu dans différents pays, peuvent entraîner l'application de plusieurs lois. Cette multiplicité de rattachements pour les obligations cambiales représentées par un même titre donne à penser que la recherche et le choix d'une loi régissant la validité de l'effet de commerce et les obligations qui en résultent sont nécessairement difficiles⁶²³.

Ainsi, l'absence d'harmonisation et d'unification des législations cambiales nationales dans l'espace OHADA suscite des conflits de lois dès qu'une lettre de change ou un billet à ordre, émis dans un pays, circule ou est payable dans l'espace UEMOA.

⁶²² Op cit, note n°614, spéc. p.18.

⁶²³ Op cit, note n°614 p.18. Spéc.19.

En droit commun contractuel où la règle du rattachement n'est que facultative⁶²⁴, le rattachement de la forme des obligations cambiales à la loi du lieu où elles ont été souscrites est une coutume de droit international privé⁶²⁵ à laquelle on ne peut pas déroger.

Le rattachement à la règle *locus regit actum* s'applique à la forme de l'effet de commerce ainsi qu'à celle des engagements cambiaux (I) et dont la mise en œuvre doit être assouplie en tenant compte de la prévisibilité et de la sécurité du porteur d'un effet de commerce (II).

I La règle locus regit actum s'applique à la forme des effets de commerce et à la forme des engagements cambiaux

En principe, la règle *locus regit actum* gouverne la forme du titre (A) et la forme de chaque engagement apposé sur une lettre de change ou un billet à ordre (B).

A La forme de la lettre de change et du billet à ordre

Pour apprécier la validité et la négociabilité des effets de commerce, les rédacteurs du Règlement UEMOA ont retenu une conception extensive de la forme.

En effet, selon l'article 149 du Règlement UEMOA, la *lex loci actus* régit non seulement la forme suivant laquelle doivent être exprimées les stipulations des effets de commerce, mais aussi les conditions de validité des mentions obligatoires et facultatives des effets de commerce bien qu'elles affectent aussi l'étendue des obligations des signataires⁶²⁶.

La *lex loci actus* détermine les mentions indispensables pour qu'un titre soit valable comme lettre de change, les modalités de leur rédaction par signature manuscrite et la possibilité de les compléter en

⁶²⁴P. Mayer, « *Droit international privé* », Montchrestion, 10ème édition, 2010, p. 581, spéc. 753 et s.

⁶²⁵Op. cit, note n°614, p.22, spéc.23.

⁶²⁶L'article 149 du Règlement UEMOA dispose que : « *La lettre de change contient : la dénomination de « lettre de change » insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ; le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ; le nom de celui qui doit payer (le tiré) ; l'indication de l'échéance ; l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ; le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ; l'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ; la signature de celui qui émet la lettre (tireur). Cette signature est apposée soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit. Le titre dans lequel une des énonciations indiquées aux alinéas précédents fait défaut ne vaut pas comme lettre de change, sauf dans les cas déterminés par les alinéas suivants. La lettre de change dont l'échéance n'est pas indiquée est considérée comme payable à vue. A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement et, en même temps, le lieu du domicile du tiré. La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur* ».

cas d'omission, et, par conséquent, la sanction de leur inobservation⁶²⁷.

En outre, l'article 149 précité reconnaît la validité des lettres de change sans date de création alors que cette mention est exigée par le code de commerce du Mali⁶²⁸.

La désignation de la *lex loci actus* par les rédacteurs du Règlement UEMOA tend à renforcer la validité des effets de commerce dans l'espace UEMOA dans la mesure où il suffit qu'une lettre de change ou un billet à ordre soit conforme à la législation du pays de souscription pour qu'il soit valable comme titre cambiaire et reconnu comme tel dans tout autre pays de la zone UEMOA où il est négocié ou payable. Cette solution facilite la négociation de la lettre de change en dispensant le preneur de vérifier la validité des mentions au regard de chaque législation concernée par la circulation du titre cambiaire⁶²⁹.

B La forme des engagements cambiaires est soumise à la *lex locus regit actum*

L'application de la règle *locus regit actum* est, en outre, retenue pour les conditions de forme de l'acceptation, de l'endossement et de l'aval. Toutefois, le Règlement UEMOA ne prévoit pas expressément la soumission de la forme de l'acceptation à la loi du pays de l'accepteur.

L'article 165 du Règlement cite la forme de l'acceptation. Il dispose que : « *L'acceptation est écrite sur la lettre de change. Elle est exprimée par le mot « accepté » ou tout autre mot équivalent, elle est signée du tiré. La simple signature du tiré apposée au recto de la lettre vaut acceptation* » .

Nous en déduisons que la forme de l'acceptation est soumise à la loi du pays de l'accepteur. C'est cette loi qui détermine les formes dans lesquelles doit être exprimée la forme du consentement indépendamment de la loi applicable au fond aux effets de commerce.

Quant à l'endossement, l'article 156 du Règlement UEMOA dispose que « *Toute lettre de change même non expressément tirée à ordre est transmissible par la voie de l'endossement* ».

Les rédacteurs du Règlement UEMOA n'ont pas prévu de dispositions réglant les conflits de lois. Cependant, le Règlement pose le principe de l'indépendance des signatures. Il s'ensuit que la forme de l'endossement est soumise à la loi de l'endosseur. Cette solution est celle retenue par la

⁶²⁷Voir, P. Bloch, « *Les lettres de change et le billet à ordre dans les relations commerciales internationales* », *Économica*, 1986, p.22, spé. 27.

⁶²⁸L'article 759 du code de commerce du Mali dispose que : « *La lettre de change contient : 7- l'indication de la date de la date et du lieu où la lettre est créée. Le titre dans lequel une des énonciations indiquées aux alinéas précédents fait défaut ne vaut pas comme de lettre de change, (...)* ».

⁶²⁹Op. cit, note n°627, spéc. 26.

doctrine⁶³⁰ selon laquelle, l'application de la loi locale à la forme des engagements, en particulier des endossements, est la transposition en droit international privé du principe de l'indépendance des signatures cambiales. Cette idée est également reprise par Arminjon qui a soutenu que, « *chaque engagement souscrit dans l'effet de commerce est réglé comme s'il était isolé par une loi qui lui est propre* »⁶³¹. Ainsi, la signature de l'engagement de chaque signataire doit être conforme à la loi du pays où il a été fait, sans tenir compte de la nationalité de celui qui l'accomplit ni de la loi du pays où l'effet de commerce a été créé ni celle où il est payable⁶³². La compétence de la loi locale semble ainsi protéger essentiellement les intérêts du souscripteur, du tireur, de l'accepteur ainsi que de l'endosseur et de l'endossataire. Ces derniers n'ont pas besoin de connaître ni de respecter les exigences de forme d'une autre loi que celle du lieu où leur signature est apposée⁶³³. La référence à la loi locale présente deux avantages : elle est facile et rapide. En outre, elle sauvegarde les droits des preneurs successifs qui peuvent vérifier facilement la validité formelle du titre proposé en se référant à une seule loi dont la compétence est indiscutable⁶³⁴.

La rapidité de la circulation des effets de commerce milite ainsi pour la compétence impérative de la règle *locus regit actum*.

Toutefois, la mise en œuvre de la règle *locus regit actum* fait apparaître des inconvénients pouvant découler de la mise en œuvre de la loi du lieu de souscription de l'engagement cambial

II Les difficultés de mise en œuvre de la règle *locus regit actum*

Nous venons de relever que la forme des effets de commerce est soumise à la loi locale, autrement dit, la *lex loci actus*. Mais, la détermination de la loi locale suscite des complications **(A)** dont il convient de proposer des assouplissements **(B)**.

A La difficile détermination de la loi locale

Selon l'article 149 du Règlement UEMOA, la loi locale est compétente pour apprécier la validité et la commercialité de l'effet de commerce lorsque le lieu de souscription est indiqué sur l'effet de commerce. Mais, le lieu de passation de l'acte ne correspond pas toujours avec le lieu mentionné dans l'effet de commerce.

⁶³⁰ R Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975.

⁶³¹ Arminjon, et P. Carry « *La lettre de change et le billet à ordre* » : Dalloz, 1938 p.312 n° 160.

⁶³² Op cit, note n°630., p.24; spé. n° 28.

⁶³³ Op cit, note n°630., p.24; spé., n° 28.

⁶³⁴ Op cit, note n° 630., p.24; spé., n° 28.

Dans le Règlement UEMOA, la détermination de la loi compétente pour régir le titre peut être hasardeuse si le lieu de souscription indiqué sur la lettre de change ou le billet à ordre ne correspond pas à la localisation effective des signatures. Pour éviter d'éventuelles fraudes à la loi, l'article 149 in fine du Règlement UEMOA dispose que « *La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur* ». L'indication du lieu de souscription portée sur la lettre de change n'est donc qu'une présomption, susceptible de preuve contraire, selon les procédés autorisés par la loi du for⁶³⁵.

Ces difficultés démontrent les inconvénients du rattachement des effets de commerce à la *lex loci actus* et la nécessité d'y apporter des assouplissements.

B Les assouplissements à la règle *locus regit actum*

La prévisibilité et la sécurité du porteur d'un effet de commerce international restent fragiles. Pour renforcer les droits du porteur confrontés à la pluralité des rattachements des conditions de forme des obligations cambiales, les rédacteurs du Règlement UEMOA ont tempéré l'application impérative de la loi locale par des rattachements subsidiaires, pour sauvegarder la validité des obligations cambiales.

L'article 156 du Règlement UEMOA dispose que « *L'endossement doit être inscrit sur la lettre de change ou sur une feuille qui y est attachée (allonge). Il doit être signé par l'endosseur. La signature de celui-ci est apposée, soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit* ».

Il résulte de cet article que la validité de la signature de l'endosseur est appréciée selon sa loi. Il s'ensuit que la validité de toutes les autres signatures précédentes sont appréciées au regard de la loi respective de leur signataire. Ainsi, l'irrégularité d'une signature antérieure ne rejailit pas sur la signature de l'endosseur si cet engagement est conforme à la loi locale régissant l'engagement ultérieur. C'est ce qui ressort également de l'article 176 du Règlement UEMOA qui dispose que : « *il est obligé de vérifier la régularité de la suite des endossements, mais non la signature des endosseurs* »⁶³⁶. Il s'agit en effet de la transposition en droit international privé du principe de l'indépendance des signatures⁶³⁷. Cette règle conduit à analyser la validité de chaque signature au regard de sa propre loi locale.

Le rattachement subsidiaire favorise la négociation du titre cambial. Il évite au preneur d'un effet de commerce de rechercher la validité de chaque engagement antérieur. Chaque engagement est

⁶³⁵ Op. cit, note n°630. spé. n° 666.

⁶³⁶ C'est nous qui soulignons.

⁶³⁷ Op cit, note n°630.

soumis à la loi du lieu de souscription⁶³⁸. Le rattachement subsidiaire permet au preneur d'exercer un recours contre celui qui lui a remis le titre, bien que les engagements antérieurs soient irréguliers.

Par ailleurs, le Règlement UEMOA et l'AUDCG ne prévoient pas de règles de conflit applicables à la lettre de change et au billet à ordre. L'article 149 du Règlement précise que « *La lettre de change dont l'échéance n'est pas indiquée est considérée comme payable à vue. A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement et, en même temps, le lieu du domicile du tiré* ». Cet article laisse la voie ouverte à une pluralité de lieux de paiement reprenant implicitement la pratique internationale en matière d'effets de commerce.

Cette pluralité de rattachements résulte du fait que chaque recours cambiaire est régi, en droit international privé par une loi propre⁶³⁹. La mise en œuvre de ce principe conduit à distinguer les recours du porteur d'une part contre le débiteur principal, le tiré accepteur et le souscripteur, et d'autre part contre les autres obligés, endosseur, ou avaliseur⁶⁴⁰.

Des lois différentes vont ainsi déterminer la portée des engagements des signataires d'une lettre de change qui a circulé d'un pays à l'autre, bien que le porteur puisse établir son statut de porteur légitime à l'égard de chacun d'eux.

Il convient, toutefois de relever, que la pluralité des rattachements de l'obligation de paiement nuit à la sécurité de la lettre de change et du billet à ordre. En considérant l'engagement de payer de chaque signataire comme un contrat distinct, on sacrifie le caractère abstrait et homogène de l'effet de commerce⁶⁴¹.

Or, le paiement est une obligation essentielle qui pèse sur le tiré ou le souscripteur. Les autres signataires sont garants du paiement de la lettre de change. Il existe ainsi, une certaine interdépendance entre l'obligation du tiré et des garants. Cette interdépendance justifie qu'on soumette les engagements cambiaires à une seule loi, celle du lieu de paiement⁶⁴². Le lieu de paiement est généralement celui du banquier escompteur.

Aussi, dans le cadre du financement des exportations, les banques soumettent les conventions d'ouverture de crédit, et par conséquent les instruments cambiaires qui leur servent de support à une loi qu'elles connaissent bien, celle de la banque qui avance les fonds. Le remboursement se fera

⁶³⁸ Op cit, note n°630.

⁶³⁹ Op cit, note n°630, spé., n° 664.

⁶⁴⁰ Op cit, note n°630, spé., n° 664.

⁶⁴¹ Op cit, note n°630, p.39., spéc., n° 60.

⁶⁴² Voir en ce sens, Chemaly, « *Conflits de lois en matière d'effet de commerce* » : RCADI II/1988, t. 209, p. 347.

ainsi au siège de la banque.

Les effets de commerce sont sous-jacents au contrat principal. A cet égard, ils sont indépendants du contrat principal. On observera que l'application de la loi de la banque a pour avantage de faire coïncider dans la plupart des cas la « *lex contractus* » avec les lois de police nationales qui revendiquent une compétence pour toute l'activité des établissements bancaires ou des commerçants établis sur le territoire.

Paragraphe II Les lois de police nécessaires a la protection de l'ordre économique

Nous avons relevé dans notre section I que la traite doit avoir une cause licite et conforme aux bonnes mœurs à peine de nullité⁶⁴³. Le paiement a sa cause dans le contrat. La cause de ce contrat doit être conforme à l'ordre public interne de l'État où le contrat doit être exécuté. Le paiement doit donc avoir une cause licite.

Une deuxième cause de nullité des titres cambiaux trouve sa justification dans l'impératif de l'ordre public économique de l'État où le paiement doit s'effectuer. Ce qui met en cause la circulation des titres cambiaux.

Pour autant, il est nécessaire d'analyser la nullité de l'engagement d'un signataire pour illégalité ou pour violation des dispositions impératives du droit interne applicable. Cette nullité est-elle absolue et peut-elle être invoquée contre un tiers porteur de bonne foi?

La solution à ce problème revêt une importance particulière pour le porteur d'une lettre de change en raison de l'interventionnisme grandissant des États dans les relations économiques et financières internationales. La lutte contre l'inflation et la recherche d'un équilibre de la balance des paiements se traduisent dans la plupart des pays africains par un contrôle des mouvements de marchandises et de capitaux et par une réglementation du taux d'intérêt dans les contrats de prêt⁶⁴⁴. Nous avons relevé dans notre Titre II de la première partie que la répression de l'usure, le contrôle des changes sont considérés comme des dispositions impératives en droit interne de certains États africains⁶⁴⁵. Mais l'application dans l'espace des lois de police économique soulève une difficulté dès qu'un effet de commerce est présenté à l'échéance pour le paiement d'une dette contraire à ces lois. L'article 160 du Règlement UEMOA consacre le principe de l'inopposabilité des exceptions⁶⁴⁶. Dans ces

⁶⁴³Section I, Paragraphe I, II. C., p.17 de notre Chapitre I du présent titre.

⁶⁴⁴ Voir notre première partie, Titre II, Chap. I. Section II, Paragraphe II. pp 34 à 42.

⁶⁴⁵Op cit, note n°644.

⁶⁴⁶L'article 160 du Règlement dispose que « *Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur les rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à*

conditions, la violation de la règle impérative de l'usure ou du taux d'intérêt a-t-elle une incidence sur le jeu du principe de l'inopposabilité des exceptions?

Il convient dès lors d'analyser l'illicéité de la lettre de change et du billet à ordre pour raison de police économique en droit interne (I) et en droit international privé cambiaire (II).

I Le droit cambiaire interne et les lois de police

L'exception d'illicéité pour raison de lois de police a-t-elle une incidence sur le statut du porteur d'une lettre de change ?

Bien que dans le Règlement UEMOA, la règle de l'inopposabilité des exceptions soit un principe général⁶⁴⁷, son champ d'application varie selon la conception de la cause adoptée par les législations nationales. Au Mali, la promesse cambiaire doit avoir une considération ou une cause valable par application des dispositions de l'article 56 du RGO.

Il convient de rappeler que la nullité de la créance sous-jacente rend nul l'engagement cambiaire pour absence de cause, ou cause illicite ou immorale⁶⁴⁸. Ce principe ne s'applique qu'entre les parties immédiates. Elle ne s'étend pas au porteur de bonne foi en raison du principe de l'inopposabilité des exceptions consacré par l'article 160 du Règlement UEMOA⁶⁴⁹. En effet, dans les rapports entre parties immédiates, la lettre de change ne doit pas être l'instrument d'une fraude à la loi et sa validité dépend de celle de la convention dont elle est issue⁶⁵⁰.

Notre argumentation ne se fonde pas sur la jurisprudence de la CCJA, inexistante en la matière, mais sur la logique du droit commun des contrats. Dans ces conditions, nous nous sommes référé au droit international privé classique tel qu'appliqué par les juridictions françaises. L'application des lois de police n'interviendra que lorsque le titre cambiaire a un rapport avec le territoire de l'État considéré. Le droit français qui a servi d'inspiration au droit OHADA donne des exemples de jurisprudences ayant annulé des titres cambiaires parce que contraires à l'ordre public ou pour

moins que le porteur, en acquérant la lettre n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

⁶⁴⁷Op cit, note n°646.

⁶⁴⁸Voir notre Section I, Paragraphe I, II. C., p.17 de notre Chapitre I du présent titre. Voir également, R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975, p.109, spé. 118 et P. Bloch « *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales* », Économica, 1986, p.227, spé.328.

⁶⁴⁹Le principe de l'inopposabilité des exceptions facilite la circulation des effets de commerce. La règle de l'inopposabilité des exceptions est généralement présentée comme destinée à protéger le porteur d'une lettre de change lorsqu'il actionne le tiré accepteur.

⁶⁵⁰Op. cit, note n°618 p.228, spé.328.

absence de cause. Tel a été le cas dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 19 février 1965, qui a soulevé d'office la nullité d'un marché portant sur un trafic d'armes de guerre⁶⁵¹.

De façon générale, nous pouvons affirmer que les tribunaux ne retiennent l'exception d'illicéité que si certaines conditions sont réunies :

- si transaction est illégale, ou
- si elle est contraire à l'ordre public.

Dans ces conditions, les tribunaux doivent admettre la nullité de l'engagement du signataire d'un effet de commerce. Cette nullité est opposable même au porteur de bonne foi.

II Les lois de police en droit cambiaire international

Nous venons de voir que l'illicéité et l'illégalité de l'engagement d'un signataire d'une lettre de change peuvent être opposables entre parties immédiates. Plusieurs lois de police peuvent intervenir en matière d'effets de commerce en raison de la pluralité des rattachements des obligations de chaque signataire.

Nous avons également souligné que le titre cambiaire est sous-jacent au contrat principal. Ce contrat est soumis à une loi qui lui est propre. Elle peut être la loi d'autonomie. En l'absence de volonté clairement exprimée, il faut choisir la loi applicable conformément aux règles de conflit du for. La loi désignée est applicable sous réserve de l'intervention des lois de police.

L'application des lois de police aux contrats internationaux vient s'ajouter au pluralisme des lois cambiaires régissant les rapports du porteur et des signataires successifs d'un effet de commerce international. Or, la loi du contrat principal est indépendante de la loi applicable au rapport cambiaire.

Il en résulte qu'une pluralité de lois de police sont applicables respectivement au contrat principal **(A)** mais aussi à l'obligation cambiaire **(B)**.

⁶⁵¹C.A Paris, 19 févr.1965, Rev. crit. dr. int. pr. 1966 ? p. 264, note P. Louis Lucas..

A Le pluralisme de lois de police en matière contractuelle

La multiplication des lois de police dans le domaine des contrats économiques internationaux bouleverse la conception traditionnelle du champ d'application dans l'espace de ces lois⁶⁵².

En l'absence de lois de police dans l'UEMOA et l'OHADA, celles-ci seront envisagées par les législations nationales. À cet égard, il convient d'établir une distinction entre les lois de police du for (1) et les lois de police étrangères (2).

1. L'application de la loi de police du for

Les lois de police du for sont mises en œuvre par les juridictions nationales à partir du moment où la transaction entre dans leur champ d'application territoriale, quelle que soit la loi étrangère applicable au contrat. Elles sont désignées par le Pr. Franceskakis comme « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays* »⁶⁵³. Il est logique d'adopter une approche essentiellement territoriale, axée sur leur « *application immédiate* » dès que le territoire ou le marché national est affecté⁶⁵⁴. C'est pourquoi, l'article 7, paragraphe 2 de la Convention de Rome (devenue depuis, Règlement Rome du 17 juin 2008) donne priorité sur la loi du contrat aux lois de police du for, dans les termes suivants :

« *Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ». Il s'agit alors des règles à caractère unilatéral qui s'appliquent dès lors que le rapport juridique est localisé dans un État déterminé. L'objectif des lois de police se manifeste par l'intervention croissante de l'État dans l'économie et par la réglementation des contrats telle que le juge aura tendance à appliquer la loi du for à l'opération au détriment d'une loi étrangère choisie comme loi d'autonomie⁶⁵⁵.

Le juge a l'obligation d'appliquer d'office la loi de police du for⁶⁵⁶. Il n'a pas à mettre en œuvre la règle de conflit pour vérifier si une loi étrangère n'est pas le cas échéant compétente⁶⁵⁷. En outre, il doit relever d'office la nullité, pour illicéité au regard de la loi du for qui revendique sa compétence,

⁶⁵²A. Nuyts, « *L'application des lois de police dans l'espace, réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire* », Rev. crit. dr. int. privé, 1999, p.31 et s.

⁶⁵³P. Franceskakis « *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois* » : Rev. crit. DIP 1966, p. 1

⁶⁵⁴Op cit, note n°653.

⁶⁵⁵B. Audit, « *La fraude à la loi* », Dalloz, 1974, n°496.

⁶⁵⁶P. Mayer, « *Les lois de police* », Répertoire de droit. Int. Privé, 2009, n°51.

⁶⁵⁷S. Clavel, « *Droit international privé* », Dalloz, 3è éd. 2012, p.102, spéc.182.

d'un contrat dont seule l'exécution est discutée devant lui, car il ne saurait ordonner l'exécution d'un contrat illicite⁶⁵⁸.

Il devient, en conséquence, difficile pour les parties de se soustraire aux lois impératives du for en se soumettant à une autre loi, si leur contrat présente avec elles un rattachement suffisant. Tel pourrait être le cas d'une vente commerciale portant sur le commerce d'ivoire d'éléphants au Cameroun. Le Cameroun a ratifié la Convention internationale relative à la protection des espèces animales menacées. En application de cette convention, le juge camerounais peut et doit interdire l'importation et l'exportation d'ivoire sur son territoire. Cette disposition est considérée comme impérative et nécessaire parce qu'elle répond à une impérieuse nécessité de protéger une espèce animale menacée.

La notion de lois de police du for recouvre les lois substantielles qui ont été édictées et qualifiées de lois de police par les autorités nationales de l'État dont le juge est saisi⁶⁵⁹. Mais elle englobe aussi les règles substantielles qui émanent d'une source internationale⁶⁶⁰.

Enfin, les lois de police mettent en échec la loi désignée par la règle de conflit bilatéral ou par la loi d'autonomie.

2. L'application des lois de police étrangères

L'application des lois de police étrangères peut remettre aussi en cause la validité ou l'efficacité d'un engagement bien qu'il soit soumis à une autre loi désignée par les parties.

On s'est posé la question si le juge du for devait appliquer une loi de police étrangère. Il n'existe pratiquement pas de cas concrets d'application de la loi de police étrangère par les juridictions africaines. Là encore, notre raisonnement épousera celui en vigueur en Europe et plus précisément en France.

De manière générale, l'application de la loi de police étrangère par le juge du for avait été rejetée par la doctrine et la jurisprudence⁶⁶¹ avant que celles-ci ne retiennent qu'il n'existe aucune

⁶⁵⁸Op cit, note n° 657.

⁶⁵⁹Op. cit, note n°657. p.102, spéc.182.

⁶⁶⁰Il peut s'agir d'une loi de police édictée par une convention internationale de droit matériel telle que l'OHADA, la CITES ou d'autres organisations internationales auxquelles l'État a adhéré. Les lois d'application nécessaire issues de ces conventions s'imposent au juge du for.

⁶⁶¹La jurisprudence et la doctrine refusaient d'appliquer les lois de police économique étrangères en raison de la territorialité et du caractère politique de ces lois et de l'impossibilité pour le juge de mettre en œuvre les prérogatives de la souveraineté étrangère.

impossibilité pour le juge du for d'appliquer une loi de police étrangère⁶⁶². L'application par le juge du for des lois de police étrangère se justifie en pratique par le fait qu'elles visent la protection d'intérêts privés plutôt que les intérêts directs de l'État, ou à tout le moins s'appliquent à des activités privées, notamment économiques⁶⁶³. Or, tous les États membres de l'OHADA et de l'UEMOA poursuivent les mêmes objectifs généraux d'ordre économique, social, culturel, environnemental, sanitaire ou moral. A cet égard, ils ont été amenés à encadrer les activités commerciales par des mesures impératives et dirigistes. Certaines de ces mesures ont directement pour objet les relations internationales (réglementation des changes); d'autres sont édictées en vue des rapports internes (réglementation du crédit).

A l'effet de voir ces mesures appliquées par les juges du for, les États ont conclu des traités. C'est ainsi que le traité créant le Fonds Monétaire International (FMI) a été adopté. Les statuts du FMI (accords de Bretton Woods auquel sont membres la plupart des États membres de l'OHADA), ci-, stipulent qu'aucun État membre n'ordonne l'exécution d'un contrat passé en violation de la réglementation des échanges régulièrement prise par un autre⁶⁶⁴. La réglementation des changes est généralement une loi de police. Elle s'applique quelle que soit la loi désignée par les parties.

La loi de police étrangère s'impose lorsqu'elle relève de la *lex causae*. La relation étant rattachée à l'ordre juridique étranger, il est normal d'appliquer toutes les dispositions de celui-ci y compris celles qui seraient de police⁶⁶⁵.

Enfin, le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui a un caractère universel dispose en son article 9.3 qu' : « *Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* ».

⁶⁶² Op. cit, note n°657, p.102, spéc.182.

⁶⁶³ B. Audit, Louis D'Avout, « *Droit international privé* », Économisa, 7è éd. 2013, p.168, spéc. 181.

⁶⁶⁴ L'article VIII, section 2 b des statuts du FMI dispose que « *Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que ce membre maintient ben vigueur ou qu'il a introduits en conformité avec cet accord, ne sont pas exécutoires sur les territoires des membres* ».

⁶⁶⁵ Op. cit, note n°663, p.168, spéc. 181.

L'application des lois de police du for ou étrangères entraîne ainsi l'intervention d'une multiplicité de règles d'application immédiate intéressant une même opération pouvant donner lieu à un conflit de lois de police⁶⁶⁶.

L'opération contractuelle en cause peut également donner lieu à émission, circulation ou paiement d'un effet de commerce. Ce pluralisme de lois de police revêt une importance particulière en matière d'effet de commerce en raison de l'exigence d'une cause licite et valable des engagements cambiaires et de son interférence éventuelle avec les rapports sous-jacents⁶⁶⁷.

B Le pluralisme de lois de police en matière cambiaire

L'une des insuffisances du Règlement UEMOA relatif aux instruments de crédit et de paiement est l'absence de dispositions relatives au conflit de lois. Les rédacteurs de ce règlement ont ignoré que les États membres de l'UEMOA ne vivent pas en autarcie. De ce seul fait, ils auraient dû prévoir des règles de conflit. En l'absence des règles de droit international privé, il faut recourir aux règles traditionnelles de conflit de lois nationales.

En droit international privé cambiaire, la cause d'une traite est soumise à la loi de son lieu de souscription. C'est donc cette loi qui est compétente pour dire si l'obligation cambiaire du débiteur poursuivi doit avoir une cause valable et licite⁶⁶⁸. Cette solution est semblable à celle du droit international privé contractuel où la cause en tant que condition de validité du contrat est régie par la loi contractuelle⁶⁶⁹. L'engagement cambiaire du débiteur poursuivi est donc soumis à la législation en vigueur dans le pays où il a apposé sa signature sur la lettre de change. C'est cette loi qui détermine si l'absence ou l'illicéité de la cause a une influence sur la validité de son engagement vis-à-vis du porteur⁶⁷⁰.

Aussi, il convient d'analyser l'engagement du souscripteur de la lettre de change par rapport aux lois de police de son for (1) et par rapport aux lois de police étrangères, l'effet de commerce étant un titre qui circule d'un pays à un autre (2).

⁶⁶⁶Voir notre première partie, Titre I, Chap. I, Section II., p.63 et s.

⁶⁶⁷ P. Bloch, « *Les effets de commerce dans les relations commerciales internationales* », Économisa, 1986, p.234

⁶⁶⁸Op cit, note n°627

⁶⁶⁹H. Batiffol, « *Droit international privé* », Tome. 1, n° 598 LGDJ, 1971.

⁶⁷⁰Op cit, note n°669., spé.336.

1) Les lois de police du for applicables à la lettre de change et au billet à ordre

La cause a une place différente selon l'ordre juridique étatique concerné. En droits malien et sénégalais, la cause de l'engagement cambiaire se trouve dans le rapport fondamental qui le sous-tend. Ni l'AUDCG ni le Règlement UEMOA ne précisent si l'illicéité de la cause du contrat principal influe sur la validité de l'engagement cambiaire.

En droit international privé, les lois de police en droit cambiaire ne s'appliquent que si le paiement ou le rapport cambiaire a un rapport avec le territoire où le paiement doit être effectué ou encore le lieu où la lettre de change a été souscrite. Ainsi, lorsque la loi d'autonomie exige une cause, la validité du contrat doit s'apprécier conformément à la loi dont il relève⁶⁷¹.

Au-delà de la cause, les titres cambiaires peuvent être soumis aux réglementations de contrôle de change. La plupart des législations des États membres de l'OHADA laisse subsister des réglementations restrictives, pouvant bloquer la mise en œuvre de financements bancaires internationaux. Tel est le cas du Mali dont l'article 2 de la loi n° 95-005 portant organisation des relations financières du Mali avec l'extérieur dispose que : « *Les relations financières entre le Mali et l'étranger sont libres.*

Toutefois, pour la défense des intérêts nationaux, le Gouvernement pourra, par décret pris en Conseil de Ministres, apporter à cette liberté toutes restrictions compatibles avec les engagements internationaux souscrits par le Mali ».

Parmi les autres lois de police applicables en matière cambiaire, nous évoquerons également celles relatives au régime des taux d'intérêt et notamment du taux de l'usure.

En premier lieu, s'agissant du taux d'intérêt, l'article 151 du Règlement UEMOA dispose que :

« *Dans une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue, il peut être stipulé par le tireur que la somme sera productive d'intérêts. Dans toute autre lettre de change, cette stipulation est réputée non écrite. Le taux des intérêts doit être indiqué dans la lettre, à défaut de cette indication la clause est réputée non écrite. Les intérêts courent à partir de la date de création de la lettre de change, si une autre date n'est pas indiquée* ». Cet article prévoit l'application des intérêts aux seules lettres de change payables à vue ou à un certain délai de vue. Cependant, il ne dit mot sur le taux d'usure alors que les intérêts sont plafonnés dans l'espace UEMOA. Si le taux d'intérêt dépasse celui fixé par les institutions financières, on dit de l'intérêt qu'il est usuraire.

⁶⁷¹Voir R. Roblot, « *Les effets de commerce* », Sirey, 1975, spéc., n° 663.

Selon la doctrine « *Le taux d'usure est le taux effectif global (TEG) maximal d'intérêt admis pour les opérations de crédits. Il est calculé en tenant compte de l'amortissement de la créance, auquel s'ajoutent les frais, les rémunérations de toute nature intervenues dans l'octroi du prêt, ainsi que les coûts d'opportunité des fonds engagés (fonds de garantie, commissions diverses...)* »⁶⁷². La réglementation sur l'usure s'applique donc à tous les prêts de somme d'argent assortis d'une stipulation d'intérêts, qu'ils soient civils ou commerciaux, consentis par des établissements bancaires ou par des particuliers, qu'ils soient accordés à des commerçants ou à des non-commerçants, et quelle que soit leur durée ou leur affectation.

Dans l'espace UEMOA, le taux de l'usure était de 18% pour les banques et 27% pour les systèmes financiers décentralisés, en l'occurrence les institutions de micro-finance. Depuis le 1er janvier 2014, les nouveaux taux de l'usure en vigueur dans l'Union sont respectivement de 15% et 24%, selon une décision prise par le Conseil des Ministres de UEMOA⁶⁷³.

Le plafonnement du taux d'intérêt ou taux d'usure est justifié juridiquement et économiquement.

- En premier lieu, juridiquement, il y aura violation de la loi relative à l'usure si une lettre de change payable à vue autorise une stipulation de l'intérêt à un taux supérieur à celui fixé par le Conseil des Ministres de l'UEMOA, c'est-à-dire 15% pour les banques et 24% pour les institutions de micro-finances.

L'UEMOA déclare usuraires les contrats faits à un taux supérieur à ceux, ci-dessus désignés.

La loi sur l'usure réprime les contrevenants de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, et 15.000.000 francs CFA (22.865,853€) d'amendes. Il convient de noter toutefois que le texte de l'UEMOA peut subir quelques modifications lors de sa transposition; certains pays peuvent décider de sanctions pénales moins sévères. Ainsi le Burkina Faso n'a prévu que six mois d'emprisonnement et 150.000 francs CFA d'amendes⁶⁷⁴.

L'article 151 du Règlement UEMOA dispose que « *Dans une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue, il peut être stipulé par le tireur que la somme sera productive d'intérêts (...)* ». Le texte est imprécis. A cette imprécision s'ajoute le silence des juges sur l'application des

⁶⁷²D. H. Acclassato, « *Les plafonnements de taux d'intérêt en micro-finance servent-ils réellement les pauvres et petits opérateurs économiques ?* » Mondes en développement 2008/1 (n° 141), p 93-109

⁶⁷³Communiqué de presse de la réunion ordinaire du Conseil des Ministres de l'Union tenue à Dakar, le 28 juin 2013.

⁶⁷⁴L. Lhériaux « *La nouvelle loi sur l'usure dans l'UMOA* », Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation (CJFE) n° 5/98 p. 1161.

règles sur l'usure aux effets de commerce. Toute la question ici se réduit donc de savoir si par une convention spéciale on peut déroger à la loi sur l'usure.

La loi sur l'usure est-elle une loi d'ordre public qui conséquemment intéresserait tout le corps de l'État par l'influence qu'elle a nécessairement sur la morale? Elle prévoit que le prêt effectué à un taux usuraire n'est pas nul et les perceptions excessives sont imputées de plein droit sur les intérêts à payer par l'emprunteur, à défaut sur le capital restant à rembourser. Il s'agit là de la sanction civile du prêt usuraire. Dans l'hypothèse d'une créance éteinte, les sommes indûment perçues doivent être remboursées avec intérêts au taux légal du jour où elles auront été payées⁶⁷⁵.

Nous formulons une réserve quand à cette disposition qui ne déclare pas inapplicable le contrat de prêt usuraire dans l'espace UEMOA. En effet que seront les conventions entre un particulier et une institution financière, si elles sont en opposition avec cette même loi? Alors que prêter de l'argent à un particulier ou une société avec un intérêt prohibitif est de nature à troubler l'harmonie sociale et la morale. Ces grands inconvénients ont été sentis par toutes les législations des États membres de l'UEMOA. Ainsi, l'article 42 du code des obligations civile et commerciale du Sénégal dispose que: « (...), *les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Ce serait sans doute une doctrine bien dangereuse que celle qui tiendrait à établir que par des conventions particulières, on peut déroger aux lois de l'État.

En ne déclarant pas contraire aux bonnes mœurs le prêt effectué à un taux usuraire, la loi UEMOA sur l'usure ouvre la voie à toutes les dérives de la part des institutions financières. En effet, si l'autorité d'une loi d'ordre public et qui tient aux bonnes mœurs ne présente pas un frein assez puissant pour enchaîner la volonté des particuliers, où s'arrêteraient les débordements des banques?

De ce qui précède, les juges des États membres de l'UEMOA doivent ériger les dispositions de la loi sur l'usure en lois impératives auxquelles les institutions bancaires ne peuvent pas déroger. Le caractère de loi de police qui sera conféré à la loi sur l'usure ne sera pas dépassé, même si le franc F.CFA est devenu la monnaie commune de certains États membres de l'OHADA, dans la mesure où le taux d'intérêt pratiqué par la Banque Centrale des États de l'Afrique Centrale n'est pas le même que celui retenu par la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest. Il peut donc y avoir conflit de taux.

En conséquence, la prohibition des taux usuraires doit ressortir à la catégorie des lois de police, et doit être observée nonobstant la soumission du contrat de prêt à une loi étrangère. En revanche l'avantage du taux d'usure fixé dans la zone UEMOA est qu'il n'y aura plus de conflit de lois dans la

⁶⁷⁵Op cit, note n°674.

même zone.

- En second lieu, économiquement, on peut apporter une justification au plafonnement des taux. L'argument repose sur la capacité financière des prêteurs, les institutions bancaires, qui leur permet d'imposer un taux excédant le prix juste. Or tous les emprunteurs n'ont pas la même capacité de remboursement. Il existe selon Adam Smith deux types d'emprunteurs : ceux à faible risque qui font un usage socialement productif de l'argent emprunté et ceux à haut risque, qualifiés de dépensiers ou d'aventuriers. Ces derniers sont disposés à payer un taux d'intérêt plus élevé à cause de leur caractère prodigue ou savent qu'ils ne rembourseront peut-être pas. Si on ne fixe pas un taux d'usure, ou s'il est fixé très haut au-dessus du taux d'intérêt le plus bas du marché, une part importante des ressources sera prêtée aux individus de la deuxième catégorie qui en feraient un usage moins bon que les individus de la première catégorie⁶⁷⁶. D'où l'intérêt de fixer le taux.

Dans le même ordre d'idées, pour Messieurs Glaeser et Scheinkman, il existe un seuil au-delà duquel les gains tirés de l'utilisation des ressources empruntées ne compenseraient plus globalement les coûts y afférents. Les pauvres ont donc un seuil au-delà duquel l'utilité marginale du capital ne serait plus optimale. Si les pauvres empruntaient au-delà de ce seuil, ils se ruineraient au profit des prêteurs, d'où l'imposition d'un seuil d'usure pour atteindre un équilibre partiel⁶⁷⁷.

Le plafonnement du taux d'intérêt offrirait ainsi l'opportunité aux acteurs du commerce d'accéder à moindre coût au crédit à un grand nombre d'entre eux jadis exclus du système classique de financement. due à leur faible capacité de remboursement du crédit.

Si l'économie est régulée par la loi du marché, c'est-à-dire l'offre et la demande, il n'en demeure pas moins que les lois doivent protéger les plus fragiles au risque de les laisser à la merci des institutions bancaires.

2. L'application des lois de police étrangères à la réglementation cambiaire

L'application des lois de police étrangères peut avoir des interférences dans les rapports contractuels et cambiaux internationaux, même si ces législations ne font pas partie de la loi contractuelle ni de la loi cambiale régissant le statut du porteur vis-à-vis du signataire poursuivi⁶⁷⁸.

Nous avons cité les statuts du FMI, auquel tous les États membres de l'OHADA ont adhéré. Son article VIII, section 2 b) vise expressément « *le contrat de change* ». Le contrat de change doit donc

⁶⁷⁶ Smith, 1950 et 1937; Diatkine, 2002

⁶⁷⁷G. E., Scheinkman J. Neither a borrower nor a lender be : an economic analysis of interest restrictions and usury laws, *Journal of Law and Economics*, 41 (1), April 1998, 1-36.

⁶⁷⁸Op. cit, note n°667, p.234, spé.338.

être contrôlé et son champ d'application défini.

Le contrôle de change peut être défini comme « *l'ensemble des règles impératives qui affectent directement la réalisation ou la réception des paiements et transferts internationaux ou qui régissent directement la détention ou la transmission des moyens internationaux de paiement* »⁶⁷⁹.

Le contrôle de change s'applique donc aux lettres de change et aux billets à ordre. Il est un élément du droit public économique. Il subordonne à des décisions de l'administration le droit pour les particuliers d'effectuer des paiements ou des transferts internationaux et de détenir des moyens internationaux de paiement. La réglementation des changes est donc édictée dans l'intérêt de l'économie nationale et assortie de sanctions pénales⁶⁸⁰.

Il intéresse aussi les rapports de droit privé. Si par exemple le paiement d'une lettre de change entre résidents et non-résidents est soumis à autorisation administrative, cette règle affectera, dans cet État, le recouvrement de la créance contractuelle des non-résidents sur les résidents. Le juge étranger saisi d'une action en paiement intentée contre un résident de cet État par un non résident peut-il ou doit-il statuer en faisant abstraction de cette règle?

Une règle uniforme contenue dans les statuts du FMI dispose que : « *Les contrats de change qui mettent en cause la monnaie d'un État membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que cet État membre maintient ou impose en conformité du présent accord seront inefficaces dans le territoire de tout autre État membre* ». Cette disposition impose à chaque État membre certaines obligations en cas de violation du contrôle des changes d'un autre État membre. Mais l'application de cette règle est subordonnée à plusieurs conditions, si bien qu'elle ne peut suffire à résoudre toutes les difficultés.

En premier lieu, la monnaie doit être convertible et librement utilisable. L'article XXX f) du deuxième amendement des statuts du FMI dispose que « *Par monnaie convertible et librement utilisable, il faut entendre la monnaie d'un membre dont le Fonds décide que i) elle est, en fait, largement utilisée pour régler les transactions internationales, et ii) elle est couramment traitée sur les principaux marchés de change* ». Cette disposition est également reprise par le Protocole relatif aux contributions des États membres au budget de la CEDEAO, annexé au traité du même nom, signé le 28 mai 1975 qui retient que, sauf décision contraire du Conseil, au moins 50 pour 100 de chaque contribution seront réglés en « *monnaie convertible* ».

⁶⁷⁹ F. Gianviti, « *Le contrôle des changes étranger devant le juge national* », RCDIP, 1980, p.666.

⁶⁸⁰ Op.cit, note n°679.

L'article V, paragraphe 3 du FMI dispose que « *sont considérés comme « monnaies convertibles », aux fins du présent article, les monnaies déclarées telles par le FMI et qui comprennent: le dollar américain, la livre sterling, le deutschemark, le franc français, le yen japonais, le franc suisse, le florin néerlandais ainsi que toutes autres monnaies que le Conseil pourra désigner de temps à autre* ». Lorsque les conditions prévues par le texte du FMI ne sont pas réunies, le juge doit refuser d'ordonner l'exécution du contrat. Il ne s'agit pas d'une règle de conflit mais d'une règle de droit international privé matériel⁶⁸¹.

Sur les dix sept États membres de l'OHADA, trois ont leur propre monnaie et les quatorze autres ont en partage le franc CFA. Il s'agit de la Guinée Conakry dont la monnaie nationale est le franc guinéen; des Îles Comores dont la monnaie nationale est le franc comorien et de la RDC dont la monnaie est le franc congolais. Il convient de relever que ni le franc CFA ni les autres monnaies locales ne sont considérés par les statuts du FMI comme convertibles.

Dans ces conditions, les rédacteurs des actes juridiques doivent insérer des clauses relatives aux monnaies convertibles conformément à l'article VIII des statuts du FMI. Aussi, si une lettre de change, payable dans l'espace OHADA, est stipulée en une autre monnaie que celle prévue par les statuts du FMI, cette clause peut être déclarée contraire aux dispositions de l'article VIII, section 2 b) du FMI. Cela conduirait, naturellement, le juge étranger à déclarer la clause inapplicable.

En second lieu, les statuts du FMI disposent que les échanges obligatoires doivent être effectués à des taux d'échange conforme au principe de valeur égale⁶⁸². Une obligation de collaboration est donc imposée à tous les États membres du FMI afin de faciliter les échanges des monnaies achetées au Fonds.

A la lumière de cet article, le juge national saisi n'a pas à se préoccuper de la détermination de la loi applicable ou de la conformité à son propre ordre public de la loi monétaire étrangère litigieuse. S'il est amené à constater qu'un « *contrat de change* » met en cause la monnaie d'un État membre du FMI d'une manière non conforme à la réglementation cambiaire de ce dernier, aucune assistance judiciaire ou administrative ne devra être accordée aux fins de son exécution⁶⁸³. On comprendra que la disposition de l'article précité consiste à lutter contre la sortie litigieuse d'importantes devises qui sont de nature à affecter la balance des paiements de l'État concerné.

⁶⁸¹Op cit, note n°140, RCDIP., 1980, p. 663.

⁶⁸²Voir J. Gold, « *Les clauses de monnaie convertibles dans le cadre des dispositions monétaires internationales actuelles* », RCDIP, 1980, p.1 et s.

⁶⁸³Voir D. Carreau, Répertoire de droit international privé, 2009, spéc. 79 et s.

La majorité, mais pas la totalité, des États membres de l'OHADA sont membres soit de l'UEMOA ou de la CEMAC. Ils sont donc soumis à des règles exhaustives en matière de contrôle des changes et à une monnaie commune, le F. CFA, qui s'appliquent à l'ensemble de l'union à laquelle ils sont membres. Ces règles sont appliquées sous le contrôle de la banque centrale émettrice de la monnaie concernée, ce qui garantit une politique monétaire cohérente à l'intérieur de cette union. Mais comme nous l'avons souligné supra, la RDC, la Guinée Conakry et les Îles Comores ne sont membres d'aucune union monétaire et, par conséquent, leurs propres réglementations en la matière s'appliquent de façon distincte et nécessitent un examen minutieux, en particulier par les investisseurs étrangers concernés par le rapatriement des dividendes. En outre, le F.CFA de l'Afrique centrale n'est pas convertible en Afrique de l'Ouest et vice versa.

Il faut dès lors trouver une solution si deux États n'ont pas la même monnaie. Ils peuvent convenir que leur transaction se fera dans l'une des monnaies convertibles prévues par les statuts du FMI. Avant l'entrée en vigueur de l'Euro, les échanges des États africains francophones avec leurs partenaires étrangers se faisaient en franc français.

L'article VIII, section 2) prévoit, toutefois, la possibilité d'accords complémentaires de coopération en matière de contrôle de changes à la seule condition qu'ils ne soient pas contraires aux statuts du FMI. En vertu de cette disposition, les États membres de l'OHADA, surtout ceux ayant en partage le F. CFA peuvent conclure des accords particuliers en matière de contrôle de changes avec les trois pays ci-dessus cités.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Les relations entre le droit des instruments de paiement et de crédit et l'AUDCG ont été étudiées sous l'angle des rapports qu'entretiennent un corps de règles spéciales avec des règles relevant du droit matériel de la vente commerciale. Ces relations apparaissent originales, car, d'une part, il s'avère difficile de rattacher le droit des instruments de paiement et de crédit à l'AUDCG et, d'autre part, le droit des instruments de paiement et de crédit ne l'emporte pas nécessairement sur l'AUDCG.

Lorsque nous nous sommes posés la question de l'articulation entre le Règlement UEMOA et l'AUDCG, dans un certain nombre d'hypothèses, nous avons démontré que le droit spécial de l'UEMOA est préféré à l'AUDCG. Dans cette confrontation entre le texte spécial de l'UEMOA et l'AUDCG; le texte spécial doit être appliqué au problème qu'il régit et il l'emporte alors sur l'AUDCG. Cette solution résulte de l'adage « *specialia generalibus derogant* ». Le Règlement UEMOA tire sa force particulière de son caractère exorbitant.

L'AUDCG ne peut pas être hermétique au droit spécial des instruments de paiement et de crédit. L'influence du droit spécial des instruments de paiement et de crédit sur l'AUDCG se fait particulièrement ressentir lorsqu'il existe dans le Règlement UEMOA et dans l'AUDCG des mécanismes proches ou remplissant la même fonction. Il est alors tentant pour la jurisprudence CCJA, dans la mesure du possible, d'emprunter au Règlement UEMOA une solution qui semble particulièrement bien adaptée.

Parfois, nous avons démontré que l'AUDCG apparaît plus efficace que le Règlement UEMOA relatif aux instruments de paiement et de crédit. C'est le cas lorsque l'AUDCG régit les obligations entre le tireur et le tiré en cas d'absence de provision.

En définitive, le Règlement UEMOA relatif aux instruments de paiement et de crédit et l'AUDCG se complètent.

Les deux instruments ne couvrant pas tous les domaines qu'ils s'assignent, il reviendra au droit international privé de combler ces lacunes en désignant la loi applicable.

Compte tenu de l'incomplétude des textes d'unification de droit matériel, il serait nécessaire d'adopter des conventions d'unification des règles de conflit de lois.

CHAPITRE II CONFLIT DE NORMES DROIT OHADA ET DROIT UEMOA DES INVESTISSEMENTS

L'expression « *conflit de normes* » désigne l'éventuelle incompatibilité ou même la simple coexistence entre un règlement de l'UEMOA et un Acte uniforme de l'OHADA. Pour qu'un tel conflit se produise, il faut donc que des normes produites par ces deux institutions réglementent la même situation.

Nous ne reviendrons pas sur l'historique de la création de l'OHADA⁶⁸⁴ et de l'UEMOA⁶⁸⁵. Nous nous contenterons juste de rappeler les traits importants des objectifs respectifs des deux instruments relatifs aux investissements.

En premier lieu, le quatrième paragraphe du préambule de l'OHADA indique qu'elle a pour objectif la mise en place au sein de ses États membres d' « *un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises* ». Le cinquième paragraphe du même préambule précise que ce droit doit « *garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* ».

En second lieu, l'UEMOA a pour objectif l'édification d'une union douanière et économique, financière et sociale. Pour réaliser ses objectifs en matière économique, elle a adopté un projet de code communautaire des investissements. Ce code s'inscrit dans la logique des différentes harmonisations et autres uniformisations recherchées dans le cadre du projet d'union dans lequel les États membres se sont engagés depuis 1994.

Comme le Traité OHADA, le projet de code des investissements de l'UEMOA ne distingue pas l'investissement selon son origine ou la nationalité de l'investisseur⁶⁸⁶. Il ne fait pas non plus de distinction entre investissements privé et public.

Par ailleurs, contrairement à l'OHADA qui ne définit pas le terme investissement, le projet de code, quant à lui, le définit à son article 1er paragraphe 4 comme des capitaux « *mobilisés et employés par toute personne physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers et immobiliers, matériels et pour assurer le financement de frais de premier établissement ainsi que les besoins en fonds de roulement, rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprises nouvelles ou lors de*

⁶⁸⁴ Voir notre introduction générale, p.6.

⁶⁸⁵ Voir notre introduction générale, p.4 et s.

⁶⁸⁶ L'article 1er du projet de code communautaire dispose qu'est investisseur « *Toute personne physique ou morale, ressortissant ou non de l'union, quelle que soit sa nationalité, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent, des opérations d'investissement sur toute l'étendue du territoire communautaire* ».

l'extension et / ou de la modernisation d'entreprises déjà fonctionnelles ». L'article 13 paragraphe 2 complète le précédent et dispose que l'investissement est « *soit la création d'une entreprise nouvelle, soit la modernisation, soit l'extension, la diversification d'une entreprise déjà existante, soit le simple renouvellement des équipements* ».

Il résulte de ces deux articles que l'investissement ne prospère pas seulement dans le cadre de la création d'une nouvelle activité. L'investissement peut également se déployer en vue de la production de tous biens ou services, sauf exception tirée d'un monopole étatique⁶⁸⁷.

Comme le Traité OHADA, le champ d'application du projet de code des investissements de l'UEMOA concerne aussi bien les domaines publics que privés y compris le transfert de technologies.

Le projet de code des investissements UEMOA complète utilement les dispositions des codes nationaux des investissements. A cet égard, il deviendra le droit commun des États membres. Il privilégie l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) ou encore l'arbitrage prévu par les traités bilatéraux d'investissement qui lient l'État d'accueil et l'État de l'investisseur. Il prévoit également le recours à l'arbitrage ad hoc. Le Traité OHADA, de son côté, a institué un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA et un arbitrage ad'hoc régi par l'AUA.

Il résulte de ce qui précède que les deux instruments veulent alléger le cadre juridique et réglementaire ainsi que les procédures administratives dans le but d'éliminer les statuts discriminants entre les investisseurs nationaux et étrangers, de réduire les contraintes opérationnelles, de garantir un système juridictionnel efficient et équitable dans la résolution des conflits entre les investisseurs étrangers et leurs partenaires locaux de statut public ou privé en y recourant à des procédures d'arbitrage international. Les deux organisations d'intégration ont donc un objectif commun. Cependant, la coexistence de ces deux communautés économiques génère des frictions. Les deux organisations sont établies sur des espaces identiques, sur lesquels elles ont assis des normes régissant des questions identiques et dont les rapports n'ont pas toujours été pensés dans le sens d'une meilleure coordination. Se pose alors la question de savoir quels éléments militent en faveur de l'option pour l'une ou l'autre des organisations. Aussi avant de proposer une solution (**Section III**), et procéder à une étude comparée des deux règlements d'arbitrage (CIRDI et CCJA) qui peuvent être choisis par les parties ou susceptibles de l'être dans les litiges relatifs aux

⁶⁸⁷Le projet de code des investissements stipule qu'il s'applique à tous les domaines à l'exception de l'exploitation minière, pétrolière et forestière.

investissements (**Section II**), il nous a semblé intéressant d'étudier la place de l'investissement dans les droits OHADA et UEMOA (**Section I**).

SECTION I LA PLACE DE L'INVESTISSEMENT DANS LE DROIT OHADA ET LE PROJET DE code DES INVESTISSEMENTS DE L'UEMOA

Notre objectif dans cette étude est de démontrer que les deux instruments présentent, dans le contexte des investissements internationaux, un double avantage : ils marquent d'une part une étape importante sur la voie de la sécurité juridique, ce qui améliore incontestablement la position de l'investisseur, et permettent d'autre part l'émergence d'un droit d'investissement plus égalitaire.

Dans ce contexte, il convient de préciser la place de l'investissement dans le droit OHADA (**Paragraphe I**) puis dans le droit UEMOA (**Paragraphe II**).

Paragraphe I La place de l'investissement dans le droit OHADA

L'investissement est une notion juridique et économique multiforme qui recouvre des réalités extrêmement variées. Du point de vue économique, l'investissement est l'acte qui vise à obtenir l'accroissement et le renouvellement du capital⁶⁸⁸.

Les traités bilatéraux, quand à eux, définissent l'investissement comme « *tous les avoirs, tels les biens, droit et intérêts de toutes natures* ».

De manière générale, l'investissement peut être défini comme tout apport de valeur sur un marché, mais dans une optique de développement.

Nous avons souligné ci-dessus que le droit OHADA ne définit pas l'investissement. Il n'opère également aucune distinction entre les investissements nationaux, les investissements régionaux et les investissements internationaux dont le poids et la nature ne sont guère comparables.

Nous étudierons les investissements visés par le Traité OHADA (**I**), avant d'étudier les instruments qu'il met à la disposition des investisseurs (**II**).

⁶⁸⁸ S. Menétry, « *La place de l'investissement dans l'OHADA* », Article publié in Questions de droit économique : les défis des États africains, Larcier 2011.

I Les investissements visés par le traité OHADA

Nous étudierons successivement la place des investissements nationaux (A), régionaux (B) et internationaux (C) dans le droit OHADA.

A La place de l'investissement national dans le droit OHADA

Face à l'émergence d'un droit nouveau, nous nous interrogeons si ce droit tient suffisamment compte des réalités africaines.

Nous avons souligné dans notre première partie qu'un pan entier de l'économie africaine échappe à l'AUDCG en particulier et au droit OHADA en général. L'introduction de l'entrepreneur dans l'AUDCG n'a réglé que partiellement la difficulté. Tous les acteurs de ce secteur ne sont pas répertoriés.

Il convient de rappeler que l'informalité est utilisée par tous les acteurs de la vie économique en Afrique y compris les administrations publiques⁶⁸⁹. Dans ces conditions, le droit OHADA appréhende partiellement l'investissement puisque les nouvelles règles ne s'appliquent qu'aux investisseurs institutionnels et répertoriés. En revanche, l'activité des commerçants informels échappe totalement au droit OHADA. Pourtant la prévisibilité et la sécurité juridique que le droit OHADA voudrait instaurer imposent qu'on ne puisse distinguer là où la loi ne distingue pas (le droit OHADA ne fait pas de distinction entre les investisseurs) (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Nous ne pouvons que regretter que l'économie informelle présente dans tous les secteurs ait été partiellement ignorée par les droits dérivés du Traité OHADA. En effet, comment peut-on vouloir harmoniser le droit des affaires et laisser de côté un pan entier de l'économie nationale, régionale et interrégionale?

Aussi, nous affirmons avec Mr TOHON qu'il serait intéressant d'étendre les Actes uniformes à cette réalité économique afin de les intégrer dans le cadre légal⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ G. Bakandeja Wa Mpungu « *L'internationalisation des échanges et le droit OHADA* », in Lamy Droit civil, janvier 2010, n°67, p.84.

⁶⁹⁰ C. Tohon, « *Le Traité OHADA : l'anthropologie du droit et le monde des affaires en Afrique et en France* », in juridicités, Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Karthala, p 134.

B La place de l'investissement régional dans le droit OHADA

Il s'agit essentiellement de investissement entre États membres de l'OHADA. Cet aspect de l'investissement n'est pas simple. En effet, il est encouragé et facilité par certains instruments juridiques régionaux.

C'est le cas de UEMOA, de la CEDEAO et de la CEMAC. La coexistence de ces organisations régionales avec l'OHADA génère des chevauchements. Ces derniers peuvent être préjudiciables pour l'investisseur dans la mesure où ce dernier ne sait plus quelle règle s'applique à son régime.

Par ailleurs, les traités bilatéraux d'investissement, ci-après, TBI, liant deux États membres de l'OHADA sont également générateurs de conflits. Par exemple, le Togo, la Guinée et le Mali ont conclu des TBI avec le Cameroun. Dans une telle hypothèse, les États membres de l'OHADA seront confrontés au problème d'applicabilité du droit OHADA et des dispositions de ces traités.

C La place de l'investissement international dans le droit OHADA

Selon l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, ci-après OCDE, l'investissement étranger désigne une « *activité par laquelle un investisseur résidant dans un pays obtient un intérêt durable et une influence significative dans la gestion d'une entité résidant dans un autre pays* »⁶⁹¹.

L'un des objectifs de l'OHADA est d'encourager l'investissement. Cette seule référence dans le préambule du Traité OHADA a fait dire à la doctrine⁶⁹² que ce droit régit les investissements.

Pour savoir ce que dit le droit OHADA en matière d'investissement, nous avons examiné le contenu, de ses neuf Actes uniformes. Aux termes de notre examen nous avons relevé que le terme *investissements* » apparaît expressément dans l'Acte uniforme sur la comptabilité des entreprises, ci-après AUSCE à l'article 32⁶⁹³. L'investissement y est perçu à travers les mouvements de capitaux.

⁶⁹¹ Les investissements directs étrangers sont définis par l'OCDE de la manière suivante : « *L'IDE est une activité par laquelle un investisseur résidant dans un pays obtient un intérêt durable et une influence significative dans la gestion d'une entité résidant dans un autre pays ? Cette opération peut consister à créer une entreprise entièrement nouvelle ou, plus généralement, à modifier le statut de propriété des entreprises existantes? Sont également définis comme des investissements directs étrangers d'autres types de transactions financières entre les entreprises apparentées, notamment le réinvestissement des bénéfices de l'entreprise ayant obtenu l'IDE, ou d'autres transferts en capital* ».

⁶⁹² F. Onana Etoundi, « *La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA* », Actualités juridiques n°53/2007, pp. 3 et s.; Roger Massamba, « *L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique* », Penant, n° 855, pp. 137 et s.; Laurent Benkemoun, « *Sécurité juridique et investissements internationaux* », Penant, n° 855, pp.193 et s.

⁶⁹³ L'article 32 de l'AUSCE dispose que : « *Le tableau financier des ressources et des emplois de l'exercice fait*

Le terme « *investisseurs* » apparaît également clairement dans l'AUSC-GIE modifié, aux articles 86, 86-1, 87, alinéa 2, 89, 4°), 90, alinéa 2, 91, 92, alinéa 3, 94, alinéa 4, 96, alinéa 2 et 832.

Il résulte de l'ensemble des articles ci-dessus cités que le droit OHADA ne distingue pas l'investissement selon l'origine ou la nationalité de l'investisseur. Les étrangers et les nationaux sont ainsi indistinctement visés dès lors qu'ils opèrent sur le territoire d'un État membre de l'OHADA.

Ces dispositions constituent également un facteur positif pour les grands opérateurs économiques étrangers.

Il convient toutefois de relever que l'intitulé même du Traité OHADA révèle qu'il ne s'agit pas d'un instrument dédié⁶⁹⁴ aux investissements comme peut l'être la Convention de Washington du 18 mars 1965 qui a créé le Centre International des Différends relatifs aux Investissements, ci-après CIRDI. En effet, il faut reconnaître que l'investissement d'une grande ampleur n'est pas au cœur du droit OHADA parce que les grandes entreprises imposent leur loi aux États. Le droit OHADA a mis des règles juridiques en place pour favoriser l'essor des petites et moyennes entreprises qui sont le moteur du développement et de la croissance économique et qui n'ont pas le pouvoir d'imposer leur loi aux États, contrairement aux grandes entreprises.

Enfin, le droit OHADA fait prévaloir le principe de non discrimination, principe sacro-saint du droit des investissements internationaux, en soumettant les investisseurs extra-communautaires et communautaires aux mêmes règles uniformes sur toute l'étendue du territoire OHADA.

II Les instruments juridiques favorisant l'investissement dans l'espace OHADA

L'essor du commerce va de pair avec la notion d'investissement. Il existe donc des liens étroits entre commerce et investissement. Ces derniers ne sont pas des opérations substituables. Ils se trouvent dans une situation de complémentarité réciproque. C'est ainsi que le développement du commerce des marchandises poussera l'exportateur à investir sur les marchés étrangers, ne serait-ce que pour se rapprocher de ses clients locaux. Dans cette hypothèse, l'investissement suivra le commerce. À l'inverse, pour offrir ses services sur un marché étranger, il sera le plus souvent nécessaire d'y être établi (par exemple en matière d'assurances, de banques, de transport ou de tourisme). Dans cette

apparaître, pour l'exercice, les flux d'investissement et de financement, les autres emplois, les ressources financières et la variation de la trésorerie ».

⁶⁹⁴ S. Manciaux, « *Que disent les textes OHADA en matière d'investissements?* », Revue de l'ERSUMA, juin 2012, p. 268 et s.

dernière hypothèse, l'investissement précédera le commerce⁶⁹⁵.

Les besoins pour les investisseurs de se rapprocher de leurs clients et de s'établir dans un État nécessitent la mise en place de règles juridiques. Pour attirer les investisseurs dans l'espace OHADA, le législateur OHADA a adopté de normes unifiées, connues et modernes⁶⁹⁶.

Le Traité OHADA a à son actif neuf Actes uniformes qui intéressent, comme nous l'avons souligné ci-dessus, plus ou moins directement l'investissement étranger. Ces Actes uniformes abrogent les dispositions de droit interne qui leur sont contraires. L'uniformisation du droit des affaires permettra ainsi la création d'un environnement légal et stable au sein de la zone OHADA⁶⁹⁷.

Le droit OHADA offre un environnement légal et structuré à l'investisseur en mettant à sa disposition des règles juridiques claires et connues d'avance (**A**). Il lui offre également la sécurité judiciaire, gage du bon déroulement d'une opération (**B**).

A Création d'un environnement juridique structuré

Le projet de code des investissements UEMOA a laissé l'opportunité à chacun de ses États membres de régir la forme de sociétés que les investisseurs souhaitent constituer afin d'exercer leur activité.

Il convient de relever que tous les États membres de l'UEMOA sont également membres de l'OHADA. Or, l'AUSC-GIE régit désormais la création et les formes de sociétés dans cet espace. Cet Acte uniforme se substitue aux règles nationales existantes et à venir en matière de droit de sociétés.

C'est donc sous l'angle du droit des sociétés que le Traité OHADA appréhende le droit des investissements. Il complète ainsi utilement les dispositions du projet de code des investissements UEMOA.

⁶⁹⁵ D. Carreau, Répertoire droit international, Dalloz, 2013, mise à jour, juin 2014.

⁶⁹⁶ L. Benkemoun « *Sécurité juridique et investissements internationaux* », Penant, n° 855, avril-juin 2006, p.194.

⁶⁹⁷ Op. cit, note n°696.

1. Des règles uniformes relatives à la constitution des sociétés

Au stade de la constitution de l'investissement, le droit OHADA offre des règles pour la constitution ou la restructuration d'une société qui sera souvent le véhicule de l'investissement étranger⁶⁹⁸. Ces règles sont uniformes et s'appliquent de la même manière dans l'ensemble des États membres de l'OHADA. Elles peuvent à ce titre rassurer l'investisseur étranger puisque ce dernier connaît désormais les règles applicables en matière de création de sociétés.

S'agissant de la création des personnes morales, elle passe par l'immatriculation de celles-ci au registre du commerce et du crédit mobilier. Les personnes morales doivent demander leur immatriculation dans le mois suivant leur constitution auprès du greffe de la juridiction compétente⁶⁹⁹. La demande doit mentionner : la raison sociale ou la dénomination sociale, le sigle ou l'enseigne, les activités exercées, la forme de la personne morale, le montant du capital social avec l'indication des apports, l'adresse du siège social, la durée de la société ainsi que les nom et prénom et domicile des associés⁷⁰⁰.

A titre d'illustration, nous pouvons citer le projet pétrolier Tchad-Cameroun, qui depuis octobre 2003 a permis l'exploitation du pétrole du bassin de Doba au Tchad. Ce projet a regroupé le Tchad et le Cameroun ainsi qu'un consortium de compagnies pétrolières étrangères (de droit français et américain). Le montage juridique imaginé est inspiré largement du droit des sociétés commerciales de l'AUSC-GIE. Les parties se sont regroupées au sein d'une société en participation conformément aux dispositions de l'AUSC-GIE. Aux termes de l'article 854 de l'AUSC-GIE révisé, la société en participation est « *celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité* ».

L'avantage d'une telle société est double pour ses associés :

D'abord, dans les rapports entre les associés :

- les associés mettent les biens nécessaires au fonctionnement de la société à la disposition du gérant,
- chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Op cit, note n° 696.

⁶⁹⁹ Article 46 de l'AUDCG.

⁷⁰⁰ Op cit, note n° 699.

⁷⁰¹ Article 857 de l'AUSC-GIE.

Ensuite, dans les rapports entre les associés avec les tiers :

- chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ;
- chacun des associés est engagé indéfiniment et solidairement avec la société⁷⁰² dès qu'il agit en qualité d'associé de la société; ce qui rappelle la responsabilité des associés de la société en nom collectif.

Cet exemple atteste que le droit OHADA constitue un progrès juridique incontestable en matière de droit de sociétés.

2. L'obligation d'information pesant sur les sociétés cotées

Un autre progrès du droit OHADA des sociétés commerciales concerne les sociétés faisant appel public à l'épargne.

L'AUSC-GIE impose aux sociétés faisant appel public à l'épargne certaines obligations spécifiques visant à protéger ou informer le public.

C'est ainsi que l'article 87 de l'AUSC-GIE dispose que « *Dans le cas où une société fait appel public à l'épargne dans un État partie autre que celui de son siège social, le document d'information soumis aux autorités visées à l'article 90 du présent Acte uniforme, comporte des renseignements spécifiques au marché de cet autre État partie.*

*Ces renseignements sont notamment relatifs au régime fiscal des revenus, aux établissements qui assurent le service financier de l'émetteur dans cet État partie, ainsi qu'aux modes de publication des avis destinés aux investisseurs*⁷⁰³.

Le document d'information contient une présentation complète des garants visés à l'article 85 du présent Acte uniforme, lesquels fournissent les mêmes renseignements que la société dont les titres sont offerts, à l'exception de ceux relatifs aux titres qui seront mis dans le public ».

Ensuite, l'article 90, alinéa 2 du même Acte uniforme dispose que « *Ces autorités s'assurent que l'opération ne comporte pas d'irrégularités et ne s'accompagne pas d'actes contraires aux intérêts des investisseurs de l'État partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité* ».

⁷⁰² L'article 861 de l'AUSC-GIE dispose que « *Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois si les associés agissent expressément en leur qualité d'associé auprès des tiers, chacun de ceux qui ont agi est tenu par les engagements des autres.*

Les obligations souscrites dans ces conditions les engagent indéfiniment et solidairement ».

⁷⁰³ C'est nous qui soulignons.

L'article 91 dispose que « *Si les demandes de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs, ou à défaut du ministre chargé des finances de l'État partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité ne sont pas satisfaites ou si l'opération s'accompagne d'actes contraires aux intérêts des investisseurs de l'État partie du siège social ou, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité, le visa est refusé* ».

Ces articles régulent l'appel public à l'épargne et concernent plus spécifiquement les informations qui doivent être délivrées aux « *investisseurs* »⁷⁰⁴. Ces derniers sont donc des potentiels souscripteurs de parts sociales, de possibles futurs actionnaires⁷⁰⁵. Dans la mesure où l'opération d'investissement se réalise souvent par le biais de la création d'une société ou d'une prise de participation dans une société, qualifier un associé, même potentiel, d'investisseur est justifié⁷⁰⁶. Mais l'inconvénient de l'existence de ces deux lois est le risque de conflit qu'il convient d'examiner.

3. Conflit entre Lex societatis et la loi boursière

La prise de participation dans des sociétés cotées entraîne l'application d'une autre loi que la lex societatis. C'est le cas lorsqu'une société cotée ayant son siège dans l'espace OHADA fait appel public à l'épargne ou échange ses titres sur une bourse régionale de valeurs telle la Bourse Régionale des valeurs mobilières UEMOA, ci-après BVRM. Cette situation présente un fort particularisme juridique. Elle relève de l'AUSC-GIE, mais aussi, dans l'espace UEMOA, d'un corps de règles spéciales ayant pour objet le bon fonctionnement des marchés et la protection des investisseurs. La loi boursière tend à s'appliquer à l'émetteur présent sur le marché. Elle évite ainsi d'intervenir dans les domaines qui relèvent de la compétence exclusive de l'AUSC-GIE. Elle exige également de la société émettrice de titres des informations. C'est dans cet ordre d'idées que l'article 90 du Règlement général de la BVRM dispose que « *Dès lors qu'un projet d'offre publique est connu, la Bourse Régionale s'informe, auprès du ou des émetteurs, de la diffusion adéquate de l'information dans le public.*

A défaut d'information adéquate, la Bourse Régionale suspend la cotation des titres du ou des émetteurs visés, jusqu'à ce que l'information ait été diffusée conformément au Règlement général et aux instructions y afférentes. En tout état de cause, la responsabilité d'assurer une diffusion adéquate de l'information incombe à l'émetteur ou aux émetteurs visés ». Ces informations sont

⁷⁰⁴Voir B. Faye et Jacques Nyemb, « *la consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique* », Droit et Patrimoine, n° 239, Septembre 2014, p.68 et s ; S. Manciaux, « *Que disent les textes OHADA en matière d'investissements ?* », Revue de l'ERSUMA, juin 2012, p.268 et s.

⁷⁰⁵Op. cit, note n°694.

⁷⁰⁶Op cit, note n° 694.

soumises au visa du Conseil Régional, conformément à l'article 119 du Règlement Général du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers⁷⁰⁷. L'article 130 dudit Règlement permet au Conseil Régional d'exercer un contrôle a posteriori de l'appel public à l'épargne, par la vérification des publications légales, réglementaires, judiciaires ou autres mises à la charge des émetteurs. Les documents que doivent fournir les sociétés cotées à la BVRM sont citées à l'article 131 du Règlement Général du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers. Il s'agit d'un tableau d'activités et résultats, un tableau d'activités et de résultats dressés sous forme consolidée pour les sociétés établissant d'ordinaire des états financiers de synthèse consolidés. Ces documents sont à fournir dans un délai de trois mois. Ensuite, la société doit fournir dans les quarante cinq jours suivant l'approbation des états financiers par l'Assemblée Générale Ordinaire :

- les états financiers de synthèse, éventuellement consolidés, approuvés et revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes ;
- la décision d'affectation du résultat;
- la copie du texte des résolutions de l'Assemblée Générale réunie en la forme ordinaire ou extraordinaire, le cas échéant, avec signalement de toute modification affectant les statuts dans ce dernier cas.

L'article 132, alinéa 2 du même Règlement dispose que « *Toute mise à exécution d'une offre publique ou d'une émission publique de titres placée auprès du public de l'UEMOA n'ayant pas reçu le visa préalable du Conseil Régional sera réputée constituer une manœuvre destinée à entraver le fonctionnement régulier du marché* ».

Il en résulte que c'est la loi boursière du lieu de l'émission des titres qui s'applique.

Le droit boursier de l'UEMOA s'appliquera également aux transactions effectuées par les émetteurs étrangers sur leurs propres titres cotés sur la BVRM.

Il importe donc peu que la société initiatrice soit nationale ou étrangère, les dispositions d'ordre public économique de l'UEMOA s'imposent à tout opérateur qui intervient sur la BVRM, conformément à l'article 132 ci-dessus cité.

⁷⁰⁷Le Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers est un organe de surveillance du marché financier régional. Le marché est placé sous son autorité. Il est chargé de réglementer et d'organiser l'appel public à l'épargne, d'assurer l'habilitation et le contrôle des intervenants mais aussi de veiller à la régularité des opérations de bourse. C'est l'équivalent de l'Autorité des marchés financiers (AMF) en France.

Nous avons relevé ci-dessus que LAUSC-GIE émet également des informations substantielles à la charge des sociétés cotées qui doivent être portées à la connaissance des actionnaires. A cet égard, l'article 87, alinéa 2 renvoie implicitement à la loi boursière à laquelle la société faisant appel public à l'épargne est cotée en ce qu'il dispose que « *Ces renseignements sont notamment relatifs au régime fiscal des revenus, aux établissements qui assurent le service financier de l'émetteur dans cet État partie, ainsi qu'aux modes de publication des avis destinés aux investisseurs* » .

Ainsi, aucun conflit véritable n'oppose ces dispositions, qui s'appliquent à titre de loi de police, à la lex societatis, alors même que celle-ci contient des règles en matière d'information des actionnaires.

De ce qui précède, l'investissement emprunte à la technique sociétaire. Il peut être perçu à travers les actions, primes d'émissions et autres formes de participation minoritaires ou indirectes, aux sociétés.

4. Pacte d'actionnaires et investissement dans l'AUSC-GIE

LAUSC-GIE révisé a consacré la technique du pacte d'actionnaires. Les pactes d'actionnaires sont des instruments juridiques incontournables en matière d'investissement et de financement⁷⁰⁸. L'article 2.1 de l'AUSC-GIE consacre la possibilité de conclure des pactes d'actionnaires, en prévoyant que « *sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extra-statutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées :*

- *les relations entre associés ;*
- *la composition des organes sociaux ;*
- *la conduite des affaires de la société ;*
- *l'accès au capital social ;*
- *la transmission des titres sociaux ».*

En outre, la qualité d'investisseur est appréciée par rapport à la participation des personnes physiques ou morales dans une société de droit local ou la prise de contrôle d'une société de droit local par des investisseurs étrangers. Tel a été le cas de la société SOABI. SOABI était une société de droit sénégalais (C), contrôlée à 100 % par une société de droit panaméen (B), elle-même contrôlée en quasi-totalité par un ressortissant belge (A), c'est-à-dire par des intérêts étrangers relevant d'un État étranger. Il s'agit d'un contrôle indirect.

⁷⁰⁸Op. cit, note n°704 ; V. S. Manciaux, op cit, note n°155, p.268 et s.

Le contrôle indirect permet alors d'avoir un critère de rattachement de la société locale à l'État contractant étranger, et de considérer la société locale comme étant contrôlée par des intérêts étrangers. Dans ces conditions, les règles du droit de société de l'État d'accueil doivent être respectées.

Par ailleurs, le droit OHADA intervient au secours de l'investisseur au stade de l'exploitation de l'investissement. A ce stade, il offre des règles organisant l'activité commerciale, les sûretés nécessaires pour le financement de l'activité économique, le recouvrement des créances et le règlement des différends⁷⁰⁹.

5. Règles relatives à l'organisation des activités commerciales dans l'espace OHADA

S'agissant de l'activité commerciale, le législateur OHADA a édicté des règles relatives à l'acquisition du statut de commerçant et aux obligations inhérentes à ce statut. Pour accéder à la profession commerciale, il faut avoir la capacité d'exercer le commerce.

S'agissant de la capacité, l'article 6 de l'AUDCG dispose que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle s'il n'est juridiquement pas capable d'exercer le commerce* ». La capacité relève du statut personnel. A cet égard, son régime est régi par chaque droit national⁷¹⁰.

S'agissant des conditions de l'exercice du commerce par les étrangers au sein de l'espace OHADA, elles sont soumises selon les États membres de l'OHADA, aux règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Par exemple, au Sénégal, les ressortissants de l'Union européenne sont dispensés de visa, mais au-delà d'un séjour de trois mois, une carte de résident est indispensable⁷¹¹. Il convient toutefois, de relever qu'en ce qui concerne la qualité de commerçant, l'AUDCG ne fait pas de distinction entre les ressortissants étrangers et les ressortissants des États membres. L'étranger qui s'installe dans l'espace OHADA sera soumis à l'AUDCG.

Pour être commerçant, il faut accomplir des actes de commerce. L'AUDCG définit le commerçant comme « *celui qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle* »⁷¹². L'AUDCG vise deux types d'actes de commerce : les actes de commerce par la forme et les actes de

⁷⁰⁹Op cit note n° 694.

⁷¹⁰ Voir notre première partie, Titre I.

⁷¹¹ L. Daniel Muka Tshibende, « *s'installer pour affaires dans l'espace OHADA* », Revue Lamy Droit Civil- Janvier 2010, n°67, p.66.

⁷¹² Article 2 de l'AUDCG.

commerce par nature⁷¹³.

6. Conflit entre l'AUDCG et les codes nationaux d'investissements des États membres de l'OHADA

Un conflit est susceptible de se produire entre l'AUDCG dont l'article 3 qualifie d'actes de commerce « *l'exploitation des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles* » et les différents codes nationaux d'investissements qui soumettent l'exploitation des mines, carrières à un régime particulier. En effet, certains codes des investissements réservent l'exploitation des mines aux seuls nationaux⁷¹⁴. Les dispositions de ces codes nationaux nous semblent contraires au droit OHADA et au principe de non discrimination en droit des investissements. Dans la logique d'uniformisation entreprise par le droit OHADA, ces spécificités locales doivent disparaître puisque les Actes uniformes abrogent toutes dispositions antérieures et postérieures qui lui sont contraires.

L'AUDCG définit les obligations du commerçant personne physique. En effet, pour obtenir la qualité de commerçant à titre professionnel, il faut obligatoirement s'inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier. La demande d'immatriculation concernant une personne physique doit indiquer : les nom et prénom, domicile, date et lieu de naissance et nationalité.

S'agissant de l'activité exercée, le commerçant doit indiquer le nom sous lequel il exerce le commerce et, s'il y a lieu, l'enseigne utilisée, et préciser le ou les activités qu'il entend exercer et la forme de l'exploitation⁷¹⁵. La demande d'immatriculation doit être effectuée auprès du greffe de la juridiction compétente qui tient le registre local⁷¹⁶.

Le principe d'immatriculation au RCCM est gage de sécurité pour l'investisseur qui souhaite s'associer ou absorber une société. Là également, il convient de relever qu'il n'existe pas de fichier informatisé dans tous les États membres de l'OHADA.

⁷¹³ Voir article 3 de l'AUDCG.

⁷¹⁴ P. De Wolf, « *Le droit des affaires de la RDC à la croisée des chemins* », in *Revue de droit africain*, n°29/04. p.23.

⁷¹⁵ Article 44 de l'AUDCG révisé.

⁷¹⁶ Op cit, note n°176.

En outre, les formalités d'inscription sont complexes. Pour la rédaction des statuts, il faut passer devant un notaire. Aujourd'hui, les statuts par actes authentiques ont été assouplis mais coexistent avec les actes sous-seing privés. Pour les actes authentiques, les coûts des actes varient selon les types de société et selon les pays. En effet, « *les investissements sont régis par le droit notarial de chaque pays. La disparité de prix des actes notariés constitue un handicap pour le développement des investissements dans l'espace OHADA* »⁷¹⁷.

Enfin, dès lors que les investisseurs vendent des produits, ils sont assujettis aux règles de l'AUDCG relatives aux obligations du vendeur. En effet, l'AUDCG met à la charge du vendeur une obligation de conformité en stipulant que « *Le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat* »⁷¹⁸.

Ainsi tous les professionnels, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États Parties au Traité OHADA⁷¹⁹, qui produisent ou vendent des marchandises dans l'espace OHADA sont soumis à l'AUDCG.

S'agissant des sûretés, l'Acte uniforme relatif au droit des sûretés, ci-après l'AUS a mis en place trois types de sûretés afin de protéger le créancier du risque d'impayés : il s'agit des sûretés personnelles dont le cautionnement et la lettre de garantie constituent les principaux composants. Ensuite, il y a les sûretés mobilières que sont le gage, le droit de rétention, le nantissement et les privilèges. Il y a enfin les hypothèques. Le droit OHADA constitue ainsi un progrès juridique en matière de droit des sûretés qui permet de prendre de garanties pour le financement de projets ou l'achat de marchandises notamment par le gage de créances, le nantissement de marchandises⁷²⁰.

Le droit OHADA a mis également à la disposition des acteurs économiques des règles juridiques leur permettant de recouvrer leurs créances : l'injonction de payer, les saisies conservatoires.

⁷¹⁷G. Bakandeja Wa Mpungu, « *L'internationalisation des échanges et le droit OHADA* », in Lamy Droit civil, janvier 201, n°715, p.84.

⁷¹⁸Article 255 de l'AUDCG.

⁷¹⁹Article 1er alinéa 1 de l'AUDCG.

⁷²⁰Op. cit, note n°688.

7. L'injonction de payer et les difficultés du recouvrement des créances

L'article 32 de l'Acte uniforme relatif au recouvrement des créances permet une exécution forcée des décisions de justice non encore définitives. Comme en droit commun, cette exécution est aux risques et périls du créancier. Si ce dernier est ou devient insolvable il ne pourra pas restituer le montant perçu.

Ainsi, l'une des carences du droit des recouvrements de créances est de n'avoir pas prévu des moyens de défense à l'exécution provisoire, telle une consignation auprès du premier président de la Cour d'appel nationale. Cet état de fait laisse craindre des abus et des fraudes dont les investisseurs internationaux seront les premières victimes⁷²¹.

Ensuite, le recouvrement de créances est confronté au principe de immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques dans l'espace OHADA. L'immunité d'exécution exprime la protection qu'un État est prêt à accorder sur son territoire aux biens lui appartenant ainsi qu'à ceux appartenant à certaines catégories de personnes.

L'Acte uniforme portant Organisation des Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution pose le principe en son article 30 en ces termes : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

Cet article s'inspire de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution. Comme cette loi, l'article 30 précité se garde bien de définir les bénéficiaires de cette immunité. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 30 atténue l'immunité d'exécution en énonçant que : « *Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques qu'elles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides, et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité* ». Il en résulte que les seules bénéficiaires de l'immunité d'exécution sont les personnes publiques et les entreprises publiques.

Une telle disposition est contraire aux objectifs du Traité OHADA et plus particulièrement à l'article 1er de l'AUDCG qui fait des entreprises publiques des acteurs du commerce international au même titre que les sociétés commerciales privées.

Face à cette contradiction, la doctrine et les acteurs économiques attendaient l'éclairage de la CCJA.

⁷²¹ Voir arrêt de la CCJA du 11 octobre 2002, Époux Karnib, commentaire de L. Benkemoun, « *Sécurité juridique et investissements internationaux* », in Penant 855, p.196.

Par un arrêt du 7 juillet 2005⁷²², la CCJA a tranché la question en jugeant que l'entreprise publique Togo Telecom (condamnée par la chambre sociale de la Cour d'appel de Lomé à payer diverses sommes au profit d'anciens salariés) pouvait bénéficier d'une immunité d'exécution sur le fondement de l'article 30 de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution et a ordonné par conséquent la mainlevée des saisies pratiquées sur ses comptes bancaires.

Cette décision est doublement critiquable.

En premier lieu, elle peut être mal perçue par les milieux d'affaires internationaux appelés à contracter avec les personnes publiques; lesquelles peuvent se prévaloir à leur encontre de cette jurisprudence.

En second lieu, elle est regrettable parce que la CCJA ne limite pas les effets de l'immunité d'exécution aux biens strictement affectés à une mission de service public afin de permettre la saisie des biens affectés à une activité économique. Cette distinction est largement répandue en jurisprudence en matière internationale⁷²³ et a été reprise par la Convention des Nations-Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

Enfin, il peut arriver que les investisseurs prennent le contrôle d'une société. Dans cette dernière hypothèse, les contrats concluent antérieurement à la prise de contrôle avec des personnes morales de droit privé ou de droit public ainsi que les contrats de travail avec des particuliers continuent. A cet égard, les futurs Actes uniformes sur le droit des contrats et le droit du travail seront également très utiles aux investisseurs pour sécuriser leurs relations contractuelles avec leurs clients, fournisseurs et salariés⁷²⁴.

Dans ces conditions, les contrats conclus entre un investisseur et l'État ou un établissement public de l'État ou une collectivité publique sont appelés par une partie de la doctrine, des *contract claims*⁷²⁵. Il faut donc distinguer les *contract claims* que nous pouvons traduire par contrats d'investissement et *treaty claims*, les traités bilatéraux d'investissement.

Il en résulte que le droit OHADA appréhende l'investissement sous l'angle du droit privé.

L'ensemble de ces relations contractuelles commerciales ou de travail peut déboucher sur un

⁷²² Arrêt n°43/2005 du 7 juillet 2005, Recueil Penant- Revue Trimestrielle de Droit Africain 2007, n°860, p.305 et s. obs. F. Michel Sawadogo.

⁷²³ Cass. 1ère civ., 14 mars 1984 (arrêt rendu en matière internationale), Eurodif, JCP G 1984 II, 20205 note Synvet. L'arrêt distingue les actes d'autorité de l'État (*jure imperii*) des actes de gestion (*jure gestionis*).

⁷²⁴ Op. cit, note n°719.

⁷²⁵ C. Crépet, « *Treaty claims/contract claims* », cah. arb. 2004/2, 2è partie, p.23, n°61.

différend d'ordre commercial, contractuel ou d'ordre du droit du travail. Dès lors nous nous interrogeons si le droit OHADA régule les rapports entre l'investisseur, ses clients et ses fournisseurs?

B Création d'un espace judiciaire fiable

L'attractivité du droit OHADA est intimement liée à la mise en place d'une instance judiciaire supranationale et à la promotion de l'arbitrage. C'est pourquoi, un auteur affirma que *« l'amélioration du climat de l'investissement est largement tributaire de la bonne marche de la justice c'est-à-dire d'une justice crédible, équitable, capable de dire le droit avec compétence et de sécuriser les justiciables »*⁷²⁶.

A cet égard, l'arbitrage OHADA mérite d'être promu auprès des investisseurs, lesquels se dirigent vers l'arbitrage CIRDI lorsqu'ils en ont les moyens ou ne pensent pas à l'arbitrage faute de moyens⁷²⁷. Mais, il est important de relever que le droit OHADA consacre deux types d'arbitrage. L'arbitrage de droit commun tel qu'issu de l'AUA qui est mis en œuvre dans les États - parties dans le cadre d'arbitrages ad hoc ou dans le cadre d'arbitrages administrés par les centres régionaux d'arbitrage. Et l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA qui présente ses propres règles et ses spécificités.

Il convient dès lors de relever les dispositions du droit OHADA en faveur de l'arbitrage pour les personnes publiques, dans la mesure où l'investissement met en présence une personne privée et une personne de droit public (1) avant d'examiner la place de l'arbitrage CCJA dans les contrats d'investissement (2).

⁷²⁶R. Massamba, « L'OHADA et le climat des investisseurs en Afrique » in Penant 855. p.140

⁷²⁷Pour Madame Séverine Menétrey, « le recours à l'arbitrage n'est pas toujours suffisant pour protéger les intérêts des investisseurs étrangers. Ces derniers ne peuvent être assurés d'échapper à toute action devant les juridictions nationales, notamment de la part des tiers non liés par les clauses d'arbitrages. La culture de l'arbitrage reste en outre très pauvre dans l'espace OHADA. ». Cette affirmation doit être nuancée. La CCJA est de plus en plus sollicitée pour trancher des litiges en tant que centre d'arbitrage. Le tiers ne peut intervenir dans l'instance arbitrale que lorsque la sentence porte atteinte à son droit patrimonial. En outre l'intervention de la juridiction nationale n'est possible que si la sentence est rendue dans le cadre de l'arbitrage de l'AUA. La juridiction étatique intervient dans le cadre de l'exequatur ou lorsqu'un recours en annulation est demandé ou encore lorsqu'elle a été saisie dans le cadre des mesures provisoires ou enfin en tant que juge d'appui. Dans le cas de l'arbitrage CCJA, c'est la CCJA en tant que juridiction supranationale qui octroie l'exequatur et qui intervient en tant que juge d'appui ou pour ordonner des mesures provisoires.

1. Les dispositions de l'OHADA en faveur de l'arbitrage pour les personnes publiques

L'AUA du 11 mars 1999 sur l'arbitrage constitue le droit commun de l'arbitrage des dix-sept États membres de l'OHADA. Il pose les grands principes du droit de l'arbitrage allant de son champ d'application à la question de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale en passant par les règles applicables à l'instance arbitrale. Il s'inspire assez largement du droit français de l'arbitrage international qu'il modernise toutefois en intégrant les dernières évolutions jurisprudentielles ainsi que les apports d'autres droits ou de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage⁷²⁸.

L'AUA dispose en son article 1er qu'il « *a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États- parties* ». Il s'applique de manière extrêmement large à tout « *différend contractuel* » sans avoir égard au caractère civil ou commercial, interne ou international, privé ou public du contrat à l'origine du litige⁷²⁹.

Son article 2, relatif à son champ d'application *ratione materiae*, dispose que « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.*

Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Il s'agit d'une règle matérielle qui se trouve ainsi fermement posée : les litiges impliquant les États ou les personnes publiques peuvent faire l'objet d'un arbitrage. Le doute n'est donc plus permis, dès lors que les États ou les personnes publiques ont consenti à une clause compromissoire, ceux-ci ne peuvent ensuite valablement tenter de se soustraire à l'arbitrage en invoquant la nullité de la clause au motif notamment qu'ils auraient été, d'un point de vue statutaire, dans l'incapacité d'y souscrire⁷³⁰.

Il n'est donc pas douteux que les règles OHADA relatives au règlement par voie d'arbitrage des différends puissent régir un litige en matière d'investissement si ce dernier revêt la forme contractuelle, contrairement à ce que prétend une doctrine autorisée⁷³¹ et au principe de prohibition

⁷²⁸O. Cuperlier, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », ohada. D-13-65.

⁷²⁹Ph. Le boulanger, « l'arbitrage et l'harmonisation du des affaires en Afrique », Revue de l'arbitrage 199, p.541 et s.

⁷³⁰Op cit, note n°729.

⁷³¹Op. cit, note n°694.

de l'arbitrage pour les entreprises publiques⁷³². La difficulté ne doit donc pas résider ni dans l'approche *ratione personæ* de l'arbitrage OHADA ni dans son approche *ratione materiae*. L'arbitrage OHADA est ouvert aux arbitrages mixtes opposant une personne privée (par exemple un investisseur étranger) à une personne publique (par exemple un État récepteur d'investissement). L'article 2 alinéa 2 de l'AUA prévoit expressément que dans ce cas la personne publique ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité à compromettre⁷³³. C'est ainsi que l'article 21 du Traité OHADA et l'article 4 alinéa 1 de l'AUA ne semblent viser que les différends d'ordre contractuel⁷³⁴.

Ainsi, la prohibition de compromettre édictée par les législations de certains États africains telle que la Côte d'Ivoire⁷³⁵, à l'encontre des personnes publiques en général et les établissements publics industriels et commerciaux en particulier est inopérante lorsque celles-ci agissent comme opérateurs du commerce international⁷³⁶.

Le Traité OHADA et l'AUA viennent ainsi confirmer la jurisprudence Galakis⁷³⁷ et la tendance actuelle de l'arbitrage commercial international. Ce qui a fait dire à un auteur que « *Le droit OHADA a vocation à rapprocher autant que possible les entreprises publiques du droit commun des sociétés. Il épouse l'évolution contemporaine du droit des entreprises publiques qui tend à devenir le droit des participations publiques abandonnant progressivement l'établissement public comme*

⁷³² B. Boumakani, « *Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA* », Revue Lamy droit des affaires, n° 75, octobre 2004, spéc. p.29.

⁷³³ L'article 2 alinéa 2 de l'AUA dispose que « *toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les États et autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être partie à l'arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». Pour une application jurisprudentielle, voir arrêt CCJA, n°012/2011 du 29 novembre 2011, République de Guinée Équatoriale et la CEMAC c/La Commercial Bank Guinea Equatorial (CBGE). Recueil de jurisprudence n°17, juillet-décembre 2011, p.22 ; Juris Ohada, n°1, janv.- mars 2012, p.34.

⁷³⁴ Article 21 du Traité OHADA dispose que : « *En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, (...), peut soumettre le différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre* » tandis que l'article 4, alinéa 1er (AUA) dispose que : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal* ».

⁷³⁵ La Côte d'Ivoire a posé le caractère inarbitrable des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics par une loi du 9 août 1993, art.17.

⁷³⁶ P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman « *Traité de l'arbitrage commercial international* », 1996, spé. p. 44, n° 2.

⁷³⁷ Cass. 1ère civ, 2 mai 1966, Galakis, n°. 256.

archétype de l'entreprise publique au profit des sociétés publiques nationales »⁷³⁸.

Dans le même ordre d'idées, l'article 2 de l'AUA précise qu'il ne se limite pas à l'arbitrage international mais s'applique tout au tant à l'arbitrage interne⁷³⁹. Dès lors une concession de service public purement interne pourrait comporter une clause compromissaire.

Par ailleurs, l'alinéa 1 de l'article 2 de l'AUA dispose que « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». Cette disposition pourrait être une limite à l'arbitrabilité objective des litiges concernant les personnes publiques. En effet, si pour les personnes de droit privé, nous savons qu'il s'agit de ses droits patrimoniaux, l'approche est différente s'agissant des personnes morales de droit public. Aussi, s'agissant du domaine public, peut-on dire que l'État a la libre disposition sur ce patrimoine? La réponse de la CCJA est attendue avec impatience par les acteurs du droit économique.

Il appert que les textes OHADA n'appréhendent l'opération d'investissement que dans une seule de ses dimensions : celle qui relève des opérations du commerce international, c'est-à-dire lorsque l'administration ou un établissement public intervient comme « *opérateur* » en contractant, notamment, avec des entreprises privées étrangères. Le droit OHADA en revanche ne contient aucune règle relative à la seconde dimension de l'opération d'investissement : celle qui met l'investisseur aux prises avec l'administration de l'État de territorialité et qui relève du droit public⁷⁴⁰. Pourtant, la régulation de cette seconde dimension est tout autant recherchée que la première par les investisseurs, notamment étrangers. Il en résulte que le Traité OHADA, qui vise à promouvoir les investissements au sein de ses États membres, ne fournit qu'une partie des règles nécessaires pour parvenir à cette fin.

La vocation de l'AUA à « *s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États-parties* », ainsi que ses renvois multiples au « *juge compétent dans l'État-partie* » tendent à confiner son application à des arbitrages locaux et ne lui permettent pas de répondre, à lui tout seul, aux préoccupations des investisseurs internationaux.

D'où la nécessité de recourir à un véritable centre d'arbitrage international, la CCJA.

⁷³⁸ B. Boumakani, « *Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA* », Revue Lamy droit des affaires, n°75, octobre 2004, spéc. p. 29.

⁷³⁹ Op. cit, note n°728.

⁷⁴⁰ Op. cit, note n°694.

2. La CCJA, instrument de sécurité juridique pour les investisseurs

Les opérateurs du commerce international font le choix de l'arbitrage pour éviter d'être confrontés à une justice étatique nationale dont ils craignent, à tort ou à raison, qu'elle aurait tendance à favoriser ses ressortissants, qu'elle méconnaîtrait les principes du commerce international ou encore, qu'elle ne pourrait qu'être source de lenteurs et de publicité négative.

Ces raisons sont encore plus prégnantes en présence d'un contrat public international dont les enjeux peuvent être plus importants et où une des parties n'est pas tout à fait un justiciable comme les autres⁷⁴¹. Il s'agit de limiter au maximum les points d'attache avec le juge national, notamment en recourant à l'arbitrage institutionnel dans lequel le centre d'arbitrage, à l'instar du juge d'appui, peut régler rapidement les questions pouvant se poser en cours de procédure arbitrale (difficultés de constitution du Tribunal arbitral, prorogation de délais).

C'est précisément pour répondre à ces légitimes préoccupations que le Traité OHADA a créé la CCJA en lui conférant trois fonctions : juridictionnelle, consultative et administrative en tant que centre d'arbitrage.

C'est essentiellement cette dernière fonction qui nous intéressera ici.

Dans sa fonction administrative, la CCJA intervient en tant que Centre d'arbitrage dès lors que les parties à un contrat l'ont choisie soit par une clause compromissoire, soit par un compromis. Toutefois, l'arbitrage sous l'égide de la CCJA limite son champ d'intervention aux « *différends d'ordre contractuel* » dans lesquels « *soit l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État- partie, soit le contrat est exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États- parties* »⁷⁴². Le litige doit donc avoir un point d'attache territorial avec l'espace OHADA pour que la CCJA soit compétente à administrer un arbitrage.

Il résulte de ce qui précède que l'OHADA propose aux parties en litige un arbitrage intégré unique au monde dans lequel la CCJA est à la fois chargée d'administrer une procédure d'arbitrage et de trancher les questions pouvant se présenter pendant son déroulement.

Dès lors, l'arbitrage institutionnel proposé par la CCJA se présente comme une solution acceptable pour les investisseurs internationaux pouvant ainsi disposer au sein de la même institution :

⁷⁴¹ Op cit, note n°738.

⁷⁴² L'article 21 du Traité OHADA précise que ce n'est pas la CCJA qui tranche elle-même les litiges qui lui sont soumis, mais le Tribunal arbitral, dont par ailleurs elle confirme les arbitres et examine le projet de sentence.

- d'un centre d'arbitrage bénéficiant d'un règlement d'arbitrage performant et de magistrats expérimentés en mesure d'administrer dans de bonnes conditions une procédure d'arbitrage ;
- d'une juridiction de haut niveau dont le caractère supranational permet d'une part de présenter tout gage d'indépendance vis-à-vis d'un État ou d'une personne publique partie à l'arbitrage, d'autre part, de conférer un « *exequatur communautaire* » aux sentences arbitrales rendues sous son égide lesquelles deviennent ainsi exécutoires dans les dix-sept États- parties, ce qui constitue un gain appréciable de temps et d'argent⁷⁴³.

Le droit OHADA n'appréhende pas tous les domaines du droit des investissements. Il en est ainsi de la fiscalité, les conditions d'entrée et du séjour des étrangers.

Les lacunes de l'OHADA en matière de droit des investissements peuvent s'expliquer par l'existence d'autres organisations régionales également compétentes en matière économique et ayant pour objet plus précis l'intégration économique de leurs membres telle que l'UEMOA.

Paragraphe II Le droit des investissements publics appréhendé par le projet de code des investissements de l'UEMOA

La terminologie de l'investissement étranger ou l'investissement international est un problème récurrent⁷⁴⁴. Il a donné lieu à une importante littérature, qui témoigne à la fois de l'importance et de l'intérêt du thème et des controverses qu'il a suscitées.

Aujourd'hui, l'essentiel du régime juridique des investissements étrangers se trouve fixé par les codes des investissements et les contrats d'investissement quelles que soient leur dénomination et leur nature. C'est la conséquence de la souveraineté nationale et des nécessités réelles telles qu'interprétées par les entreprises⁷⁴⁵.

Ainsi, l'UEMOA a publié un projet de code des investissements, qui va devenir le droit matériel des investissements dans les États membres, puisqu'il prévoit que « *Le présent code communautaire qui se substitue à la multiplicité des codes nationaux existant jusque-là au niveau des différents pays, vise à introduire plus de rationalité et d'efficacité dans l'environnement économique et juridique au sein de l'UEMOA* ». Il donnera aux investisseurs potentiels, une claire lisibilité des politiques économiques, fiscales et financières et leur garantira une protection effective de leurs

⁷⁴³Op cit, note n°738.

⁷⁴⁴Ph. Kahn, « *Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement* ».

⁷⁴⁵Op cit, note n°744.

investissements, en même temps qu'il leur facilitera un libre exercice de leurs activités⁷⁴⁶.

Le champ d'application spatial est précisé à l'article 2 du projet de code. Cet article dispose qu'il « *s'applique dans tous les pays membres de l'Union. Aucune disposition nationale contraire ne peut lui être opposée (...)* ». Le projet de code des investissements de l'UEMOA regroupe sept pays⁷⁴⁷ francophones de l'Afrique de l'Ouest ayant en commun l'usage du Franc CFA, auxquels est venu s'ajouter un huitième pays membre, la Guinée-Bissau, depuis l'adhésion de cette dernière à la Zone Franc, au mois de mai 1997. Il s'applique uniformément sur l'ensemble du territoire UEMOA.

S'agissant de son champ d'application personæ, il « *s'applique, à toute personne physique ou morale régulièrement établie dans l'un des pays membres de l'Union, sans distinction d'aucune sorte, ni en ce qui concerne son statut juridique, sa nationalité ou par rapport au secteur dans lequel elle exerce son activité* ». Cet article répond au besoin de la pratique. En effet, les contrats avec les États sont souvent conclus par des sociétés ad hoc, créées par les investisseurs pour les besoins des projets, enregistrées et/ou ayant leur siège social statutaire dans cet État, et qui ont pour seul ou principal actif le contrat avec l'État.

Il convient toutefois de préciser les personnes visées.

S'agissant de l'État, celui-ci doit avoir ratifié le TBI dont la violation est alléguée par l'investisseur. Le projet de code ne cite pas les personnes morales de droit public pouvant engager l'État. A notre avis, les personnes ayant le pouvoir d'engager l'État sont toute « *collectivité publique* » ou tout « *organisme dépendant de lui* » ayant un différend d'ordre juridique avec l'investisseur.

S'agissant de l'investisseur personne physique ou morale, il faut que celui-ci possède la nationalité d'un État autre que l'État au différend.

Le projet de code a, en outre, une vision comptable de l'investissement puisque son article 1.4 définit l'investissement comme « *l'utilisation de capitaux par une entreprise pour l'acquisition des immobilisations corporelles et incorporelles et pour le financement du besoin en fonds de roulement* », tandis que la jurisprudence « Salini »⁷⁴⁸ a retenu quatre critères de l'investissement. Il s'agit du critère de l'apport, de celui du risque, du critère de la durée, et enfin de celui de la contribution au développement économique de l'État d'accueil. A partir de cette vision très comptable et patrimoniale de l'investissement, nous pouvons dire que la notion d'investissement direct se

⁷⁴⁶Préambule de l'avant projet de règlement portant code communautaire d'investissements des pays membres de l'UEMOA.

⁷⁴⁷ Bénin, Burkina, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

⁷⁴⁸ Salini c. Maroc, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001, ICSID Case No. ARB/00/4.

caractérise par l'apport de l'investisseur en espèces ou en nature, par la durée de l'entreprise qui doit être moyenne ou longue, par la participation de l'investisseur aux aléas de l'entreprise, d'une part. D'autre part, nous pouvons dire que la forme juridique de l'investissement peut être un achat en propriété, une constitution de société, une fusion⁷⁴⁹.

Comme toute réglementation, le projet de code des investissements institue des règles juridiques favorisant l'investissement. Ainsi, en cas de différend survenant entre l'investisseur et l'État hôte, il sera réglé d'abord par la médiation⁷⁵⁰ ou renvoyé à la procédure d'arbitrage prévue par la Convention du 18 mars 1965 créant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (CIRDI) établie sous l'égide de la Banque Mondiale (II). Mais, il convient d'abord d'étudier ce que renferme la notion « *l'investissement doit contribuer au développement de l'État hôte* » (I).

I L'investissement doit contribuer au développement de l'État hôte

L'investissement doit-il contribuer au développement de l'État d'accueil? Cette question préoccupe les investisseurs étrangers voulant opérer dans les pays en voie de développement. Force est de constater qu'un vide juridique entoure ce vocable. La jurisprudence CIRDI et des tribunaux arbitraux CIRDI est hésitante en la matière. Il nous faut dès lors chercher sa justification juridique dans le projet de code des investissements de IUEMOA.

La contribution au développement de l'État hôte ne ressort pas expressément des dispositions du projet de code des investissements. Mais la définition comptable qu'il retient de l'investissement nous fait dire que la notion d'investissement est mesurée à l'aune de ses macro effets sur l'économie de l'État hôte. En d'autres termes, il s'agit des effets sur la production et la productivité, la croissance et le flux des affaires.

La croissance est une forme de plus-value financière ou économique générée après des opérations d'investissement⁷⁵¹ tandis que le développement implique des effets de croissance sous plusieurs aspects (économique, sociale, culturelle), présentant un intérêt général.

⁷⁴⁹Op. cit, note n°744.

⁷⁵⁰ L'article 21 du projet de code des investissements UEMOA dispose qu'en cas de différends, il est mis en place « *un comité de médiation comprenant un représentant de la commission, Président de la commission, un représentant des centres de promotion des investissements des pays concernés par le litige et un représentant d'une organisation professionnelle ou d'une chambre consulaire nationale ou régionale, choisi par l'entreprise* ».

⁷⁵¹D. Édouard Onguene Onana « *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements* », Bruylant 2012, spéc. p. 285.

Dans les pays en voie de développement comme la plupart des États membres de l'OHADA et de l'UEMOA, l'aspect social du développement est très prépondérant dans les TBI. Ainsi, les contrats d'exploitation des mines d'or que la société Rangold, société de droit sud-africain, a signés avec l'État malien, prévoient la construction des écoles, de centres de santé, et l'engagement d'un certain pourcentage de mains d'œuvre locales afin de réduire le chômage. Il s'agit certes des contrats miniers qui ne sont pas visés par le projet de code des investissements, mais il atteste la part non négligeable de la dimension sociale dans ces genres de contrat dont l'évaluation est difficile.

Pour pallier cette difficulté, le projet de code des investissements a précisé que le développement doit se manifester en termes de transferts d'éléments corporels constitués de matériels⁷⁵² de toutes sortes et d'éléments incorporels (transferts de technologies)⁷⁵³.

Quoi qu'il en soit, le projet de code des investissements UEMOA ne précise pas si la condition de développement est un critère juridique ou une conséquence de l'investissement tandis que la jurisprudence internationale, quand à elle, a accordé une place privilégiée à la notion de développement.

Ainsi dans l'affaire MHS contre le Sri Lanka, l'arbitre unique a déclaré que tout contrat d'investissement apporte toujours une contribution économique au lieu de son exécution. Il ajoute qu'une telle contribution doit être « *significative* » et « *substantielle* » pour être constitutive d'investissement⁷⁵⁴. Pour comprendre la solution retenue par l'arbitre, nous résumons les faits de l'espèce comme suit. La société Mihaly International avait remporté un appel d'offres pour la construction et l'exploitation d'une centrale électrique sous la forme d'un contrat build operate and transfert (BOT). Mais, le contrat n'avait pas été finalisé, ni connu de commencement d'exécution, malgré plusieurs lettres d'intention émises par le Sri Lanka, des mois de négociations et des frais importants engagés par la société. C'est pour obtenir le remboursement de ces frais que Mihaly a

⁷⁵²L'article 1.4 du projet de code des investissements dispose qu'il y a investissements lorsque les capitaux sont « *mobilisés et employés par toute personne physique ou morale, pour l'acquisition des mobiliers, immobiliers, matériels pour assurer le financement de frais de premier établissement ainsi que les besoins en fonds de roulement, rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprise nouvelles ou lors de l'exécution et/ou de la modernisation d'entreprises déjà fonctionnelles* ».

⁷⁵³Lorsque le projet de code a été soumis à l'avis de la CJ UEMOA, cette dernière a observé qu'« *en général, l'investissement, surtout dans les rapports nord-sud, s'accompagne d'un transfert concerté de technologie, apport qui, dans les rapports de coopération, peut constituer l'aspect le plus important (...)*», avis de la CJ UEMOA du 2 février 2000, ohadata, J-02-62.

⁷⁵⁴Mihaly International Corporation (MHS) v Sri Lanka (ARB/002), 15 mars 2002 § 59, <http://ita.law-award.pdf> (14 octobre 2009), commentaire Y. Yala.

entrepris de saisir le CIRDI en invoquant la violation du TBI américano-sri-lankais. Le tribunal a estimé qu'en l'absence d'un contrat définitif les frais exposés pendant la période préparatoire n'avaient pas la nature d'investissement et que par voie de conséquence un tribunal CIRDI n'était pas compétent. Il résulte du raisonnement de l'arbitre unique que la notion de développement dépend de la contribution d'une opération au développement de l'État d'accueil et elle doit être significative.

Le raisonnement de l'arbitre unique a été critiqué par la doctrine qui s'est attachée à démontrer le défaut de pertinence du critère du développement de l'État d'accueil parmi les critères de l'investissement⁷⁵⁵. De l'avis de la doctrine un tel critère est discriminant dans la mesure où « *tous les investissements étrangers ne participent pas au développement de l'État d'accueil et toutes les opérations qui participent au développement de l'État d'accueil ne sont pas des investissements* »⁷⁵⁶.

A la suite de ces critiques, un recours en annulation contre la sentence a été introduit devant le comité ad hoc du CIRDI. Par décision en date du 16 avril 2009, le comité ad hoc a annulé la sentence de l'arbitre unique au motif que la contribution au développement de l'État hôte n'est pas pertinente pour qualifier une opération d'investissement.

Ainsi s'opéra un vaste mouvement de revirement jurisprudentiel. C'est ainsi que dans l'affaire *Victor Pey Casado et fondation « President Allende »* contre Chili rendu en 2008, le tribunal arbitral a écarté la contribution au développement de l'État hôte des critères de l'investissement⁷⁵⁷.

Certes les investissements peuvent être utiles au développement économique. Mais cela ne signifie pas que le développement économique est l'essence de la notion d'investissement.

En définitive le projet de code des investissements ne fait pas du développement un critère juridique mais une conséquence de l'investissement.

Le projet de code des investissements UEMOA met, toutefois, à la disposition des acteurs économiques, un instrument juridique permettant de régler leur différend.

⁷⁵⁵ Voir en ce sens, Ibrahim Fadallah qui estime qu'une telle contribution relève d'une exigence politique dont il n'est pas utile de faire un critère juridique, la notion de développement : « *vers une restriction à la compétence du CIRDI?* », Liber Amicorum in Honour of Robert Briver, ICC Publishing, 2005, s. Voir également Sébastien Manciaux, *The notion of investment : new controversies* », dans 9 JWIT 6, 2008, 443.

⁷⁵⁶ Op. cit, note n°694.

⁷⁵⁷ Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. Chili (ARB/982), Sentence du 8 mai 2008, en ligne : Ita, <http://law.uvic.ca/documents/Peyaward.pdf>.

II L'arbitrage des différends relatifs aux investissements dans le projet de code des investissements UEMOA

L'arbitrage n'est pas un phénomène nouveau pour l'Afrique⁷⁵⁸. Il s'est développé dans les États africains consécutivement à leur adhésion au CIRDI. L'ensemble des États membres de l'UEMOA⁷⁵⁹ et de l'OHADA ont adhéré ou ratifié le traité créant le CIRDI. Ce dernier a pour but de résoudre les différends pouvant s'élever entre les parties à un contrat d'investissement, par voie d'arbitrage.

Afin de faciliter l'établissement d'un climat de confiance entre les États et les investisseurs étrangers et encourager les investissements dans leur région, les États membres de l'UEMOA ont adopté un projet de code des investissements inspiré du CIRDI, en instituant l'arbitrage comme mode juridictionnel de règlement de différends.

Lorsqu'un différend naît entre États d'accueil et investisseurs étrangers ou nationaux, le projet de code prévoit que les parties peuvent décider de le régler à l'amiable (A) ou recourir à l'arbitrage (B).

A Le règlement amiable des différends entre investisseurs et États d'accueil

Le règlement amiable d'un différend peut se faire soit par la conciliation, soit par la transaction, soit enfin par la médiation. La spécificité du projet de code des investissements est qu'il impose aux parties, préalablement avant tout règlement judiciaire, de recourir à la médiation. En effet, l'article 21 du projet de code prévoit la médiation de la Commission de l'UEMOA avant toute autre procédure de règlement. L'intitulé de l'article « *la médiation de la Commission* » laisse penser que c'est la Commission dans son ensemble (organe collégial composé de l'ensemble des commissaires) qui fait la médiation. Mais une telle lecture est erronée. Le rôle de la Commission de l'UEMOA consiste à mettre en place « *un comité de médiation comprenant un représentant de la Commission, Président du comité, un représentant des centres de promotion des investissements des pays concernés par le litige et un représentant d'une organisation professionnelle ou d'une chambre consulaire nationale ou régionale choisi par l'entreprise* ». Nous formulons une réserve quand à l'impérativité de la médiation avant toute procédure judiciaire et à l'institutionnalisation de la Commission comme médiateur.

⁷⁵⁸S.L. Sempasa, « *Obstacles to international commercial arbitration in African countries* », ILCQ, 1992, vol.41, p.387, spéc., p.407.

⁷⁵⁹Le Bénin (10 septembre 1965), le Burkina Faso (16 septembre 1965), la Côte d'Ivoire (30 juin 1965), la Guinée Bissau (4 septembre 1991), le Mali (9 avril 1976), le Niger (23 août 1965), le Sénégal (26 septembre 1965), le Togo (24 janvier 1965). L'ensemble de ces huit États ont signé la Convention portant création du CIRDI.

En premier lieu, faire de la médiation une disposition impérative, violerait la liberté des parties. C'est pourquoi, la Cour de justice de l'UEMOA a estimé, dans son avis du 2 février 2000, que cette disposition porte atteinte à la liberté des parties au litige⁷⁶⁰.

Nous partageons l'avis du juge communautaire. En effet, il convient de relever qu'on ne peut pas imposer un règlement amiable aux parties à un litige. Il leur appartient de recourir, au préalable, à un mode de règlement amiable de leur choix ou décider de recourir directement à la voie judiciaire. Limiter le règlement amiable à la médiation obligatoire et choisir le (s) tiers médiateur(s) à l'avance, comme le stipule le projet de code, pourrait constituer une atteinte à l'autonomie des parties.

En second lieu, la Commission de l'UEMOA n'est pas compétente pour s'immiscer dans les relations contractuelles entre un État membre et une personne de droit privé. En effet, l'article 26 du Traité UEMOA lui confère des pouvoirs propres afin de faciliter le bon fonctionnement de l'Union. Dans une telle situation, on comprend mal l'immixtion de la Commission dans les rapports d'ordre privé contractuel.

Par ailleurs, dans son avis du 2 février 2000, le juge communautaire a érigé en principe la garantie des biens de l'investisseur contre toute mesure de nationalisation ou d'expropriation. En effet, il les a assorties de conditions drastiques : « *l'entreprise sera indemnisée de façon juste et équitable (...)* ».

Cet avis s'inscrit dans le droit moderne de l'expropriation. Il en résulte que même dans la phase de médiation, une telle mesure peut être prise dans le cadre des modes alternatifs de règlements de conflits. Ce qui constitue un gage de sécurité pour les investisseurs étrangers qui refusent de soumettre leurs différends aux juridictions étatiques à cause de leur partialité. C'est également ce qui constitue la spécificité de l'arbitrage du projet de code des investissements UEMOA.

B L'arbitrage CIRDI - CCJA des différends relatifs à l'investissement

L'arbitrage est un mode alternatif de règlement de différends. Pour certains, c'est une justice privée ne relevant d'aucun ordre juridique⁷⁶¹. Il permet de régler un litige en confiant le différend à un ou plusieurs particuliers choisis par les parties.

La saisine des arbitres est fondée sur une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage.

Une clause compromissoire est une convention signée entre les différentes parties d'un contrat. Par cette clause, elles s'engagent à recourir à un tiers neutre, indépendant et impartial afin d'arbitrer tous les litiges pouvant naître dans le cadre du contrat.

⁷⁶⁰Cour de Justice de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, avis n°001 du 2 février 2000, ohadata J-02-62.

⁷⁶¹P. Fouchard, E. Gaillard, « *Traité de l'arbitrage commercial international* », LITEC, 1996.

Quand au compromis, il est une convention à part entière par laquelle les parties soumettent à des arbitres un litige déjà né.

L'État et l'investisseur peuvent, dans le cadre d'un contrat d'investissement, prévoir une clause qui les oblige à recourir à l'arbitrage.

Les dispositions du projet de code des investissements portent seulement sur l'arbitrage institutionnel. Les articles 21 et suivants consacrent le recours devant les centres d'arbitrage du CIRDI et de la CCJA.

S'agissant du CIRDI, il convient de relever que tous les États membres de l'UEMOA sont signataires de la Convention de Washington du 15 mars 1965 portant création du CIRDI. Aussi, l'article 25 §1 du CIRDI prévoit que le consentement à l'arbitrage peut être donné à l'avance dans un traité ou une loi relative à l'investissement. Dans une telle hypothèse, les États ainsi que les investisseurs s'ils sont signataires ou ressortissants d'États parties à la Convention pourraient saisir le CIRDI.

La compétence ratione personæ du CIRDI est prévue à l'article 25 (1) de la Convention de Washington de 1965 qui prévoit que la « *compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant* ».

Il convient de préciser que l'État doit être non seulement partie à la Convention de Washington de 1965, mais il doit également avoir ratifié le TBI dont la violation est alléguée par l'investisseur.

L'article 25 (1) de la Convention de Washington prévoit expressément le cas des personnes ayant le pouvoir d'engager l'État et le cas des émanations de l'État, celui-ci pouvant désigner au CIRDI toute « *collectivité publique* » ou tout « *organisme dépendant de lui* » ayant un différend d'ordre juridique avec l'investisseur. Il s'agit ainsi d'une règle de droit international privé matériel. Elle régit les droits et obligations respectifs des sujets impliqués. Cependant, l'article 25(3) de la Convention de Washington⁷⁶² subordonne la participation de ces entités rattachées à l'État au consentement de celles-ci, un tel consentement ne pouvant être donné « *qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire* ».

S'agissant de l'investisseur personne physique ou morale, il faut que celui-ci possède la nationalité

⁷⁶²Article 25(3) de la Convention de Washington de 1965 : « *Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.* ».

d'un État autre que l'État au différend, « le terme « ressortissant » devant être ici pris comme synonyme de national »⁷⁶³. L'article 25(2) de la Convention de Washington fixe les règles qui déterminent la nationalité dans le système CIRDI⁷⁶⁴.

S'agissant de l'arbitrage OHADA, il convient de se référer à l'AUA. L'article 3 de cet Acte uniforme dispose que « la convention d'arbitrage doit être par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant ». Cette disposition ne laisse aucun choix aux parties. L'investisseur et l'État doivent conclure une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage dans lesquels, ils expriment leur volonté de soumettre leur litige à l'arbitrage CCJA de l'OHADA.

La distinction la plus importante à souligner entre ces deux arbitrages est que l'arbitrage prévu par le CIRDI est spécifiquement consacré au règlement des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers. Il s'agit donc d'un « arbitrage mixte »⁷⁶⁵ ayant un caractère « semi-international »⁷⁶⁶, c'est-à-dire d'un arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, « à mi-chemin de l'arbitrage commercial privé international et de l'arbitrage inter-étatique »⁷⁶⁷, impliquant que le tribunal CIRDI répare le préjudice qui a été causé à un investisseur et à son investissement par la violation du contrat liant l'investisseur à l'État.

La référence à ces deux centres d'arbitrage, même s'ils n'ont pas l'exclusivité en matière d'arbitrage, nous amène à étudier les avantages comparatifs et points communs desdits règlements d'arbitrage.

⁷⁶³ D. Carreau, Patrick Julliard, « Droit international économique », Paris, Dalloz, 4ème éd., 2010,., p. 418, § 1177.

⁷⁶⁴ Article 25(2) de la Convention de Washington de 1965 : « Ressortissant d'un autre État contractant » signifie : (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ; (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

⁷⁶⁵ S. Manciaux, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI », Paris, Litec, 2004, p. 105, § 103.

⁷⁶⁶ P. Rambaud, « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI » in Annuaire français de droit international, volume 28, 1982, pp. 471 à 491, spéc. p. 471, § 1.

⁷⁶⁷ Op. cit, note n°222 spéc. p. 44, n° 2.

SECTION II ÉTUDE COMPARÉE DES DEUX RÈGLEMENTS D'ARBITRAGE CCJA-CIRDI

Les règlements d'arbitrage CIRDI et CCJA ont des traits communs, bien qu'a priori différents.

Il convient dès lors d'étudier les points communs aux deux règlements d'arbitrage (**Paragraphe I**) avant d'étudier les spécificités de chacun des règlements d'arbitrage (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Les points communs aux deux règlements d'arbitrage

Les règlements d'arbitrage CIRDI et CCJA ont des traits communs. En effet, au fond ils portent quelques principes essentiels de l'arbitrage commercial international(**I**), et sur la forme, garantissent le respect des principes fondamentaux de la procédure arbitrale (**II**).

I- Les principes essentiels de l'arbitrage international communs au CIRDI et à la CCJA

Le droit de l'arbitrage repose sur des principes essentiels.

En premier lieu, il convient de relever que les notions de volonté et de liberté sont au cœur de la matière. La volonté des parties se traduit par la liberté qu'elles ont de préférer aux juridictions étatiques une forme privée de règlement de différends, de choisir leur juge, d'opter pour la procédure la plus appropriée, de déterminer les règles de droit applicables au différend. Il convient ensuite de relever la liberté des arbitres, dans le silence des parties, de se prononcer sur leur compétence, de fixer le déroulement de la procédure, de choisir les normes applicables au fond du litige⁷⁶⁸.

En second lieu, la notion d'autonomie caractérise la matière. Il s'agit de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal ou par rapport à toute loi étatique. Ces notions de volonté et d'autonomie apparaissent ainsi dans les deux règlements. Nous présenterons quelques aspects de cette volonté des parties dans la conduite de la procédure arbitrale (**A**) et de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal dans les dispositions des deux règlements sus mentionnés (**B**).

⁷⁶⁸ P. Fouchard, « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », Académie de droit international de la Haye, R.C.A.D.I., 2008, p.18.

A La manifestation de la volonté au stade de la procédure arbitrale

Les règlements CIRDI et CCJA, ci-après RA.CCJA consacrent la volonté des parties et à défaut celle des arbitres dans la conduite de la procédure arbitrale. Cette volonté se manifeste au niveau de la constitution du tribunal arbitral ainsi que des pouvoirs attribués aux arbitres (1) et au niveau de la loi applicable au fond du litige (2).

1. La manifestation de la liberté des parties lors de la constitution du tribunal arbitral et les pouvoirs accordés aux arbitres

S'agissant des parties, l'expression de leur volonté se manifeste par la liberté qui est la leur dans la constitution de leur tribunal arbitral. A cet égard, l'article 1.1 du Règlement d'arbitrage CIRDI, dispose que « *dès notification de l'enregistrement de la requête d'arbitrage, les parties procèdent, avec toute la diligence possible à la constitution du Tribunal arbitral (...)* ».

Le Centre ne propose une procédure que si les parties n'ont pas pu s'entendre dans cet exercice comme le mentionne l'article 2 (1) dudit règlement.

Nous retrouvons cette liberté de choix également dans le RA. CCJA dont l'article 3.1 énonce que les parties peuvent convenir du nombre d'arbitres nécessaires pour trancher leur litige. En cas de difficulté de constitution du Tribunal arbitral, c'est la CCJA qui intervient en tant que juge d'appui pour remédier à ce problème. En revanche dans l'arbitrage ad hoc, en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral c'est le président du tribunal compétent qui intervient en tant que juge d'appui.

Par ailleurs, on constate que dans ces deux règlements, il est laissé aux parties la liberté de conférer à leur tribunal arbitral des attributs spécifiques comme celui de statuer en amiable compositeur. Il n'est pas inutile de rappeler à cet effet qu'un tribunal arbitral ne peut statuer en amiable compositeur que si les parties en ont décidé ainsi. On retrouve ainsi cette possibilité laissée aux parties dans les dispositions suivantes des deux règlements :

D'abord, l'article 42 (3) de la Convention CIRDI dispose que « *Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex æquo et bono* ».

Ensuite, l'article 17, alinéa 3 du RA. CCJA dispose que « *L'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties ont donné leur accord sur ce point dans la convention d'arbitrage ou postérieurement* ».

L'expression de la volonté concerne également la détermination du droit applicable au fond du litige.

2. La liberté des parties quant à la désignation de la loi applicable au fond du litige dans les deux règlements

Les deux règlements disposent que les parties sont libres de choisir le droit applicable à leur différend.

Toutefois, le tribunal arbitral est appelé à jouer un rôle important dans ce cadre lorsque les parties n'arrivent pas à se décider ou sont hésitantes, avec des divergences quant à la méthode de détermination des règles applicables. La détermination des règles de droit à appliquer au litige est la première des démarches à mener par les arbitres lorsqu'ils abordent les questions de fond.

C'est ainsi que l'article 42 (1) de la Convention de Washington dispose que « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes du droit international en la matière* ». Cet article consacre l'autonomie de la volonté des parties. C'est ce qui ressort de la première phrase. Ensuite, le droit international ne semble intervenir que de façon tout à fait secondaire⁷⁶⁹.

On constate toutefois un recul important de l'application du droit de l'État partie au litige, pourtant désigné lui aussi comme applicable en cas d'absence de choix, au profit des règles de droit international⁷⁷⁰. En réalité, à partir du moment où le contrat donne compétence au CIRDI pour régler les différends, et même s'il prévoit que le droit applicable sera le droit d'un État d'accueil de l'investissement, le règlement va être soumis à la logique internationaliste qui découle de la Convention de Washington⁷⁷¹.

Lorsque les parties n'ont pas choisi de droit applicable, plusieurs sources de droit sont donc applicables. Ainsi, les parties peuvent choisir une combinaison de sources de droit applicable, et la plupart du temps une combinaison du droit de l'État contractant et du droit international, auxquels, on ajoute parfois « *les principes de droit international tels qu'appliqués par les tribunaux internationaux* »⁷⁷².

⁷⁶⁹ Répertoire de droit international, Dalloz, 2014.

⁷⁷⁰ S. Manciaux, « *chronique des sentences arbitrales* », Journal du droit international, Clunet, n°2, avr. 2011, chron. 5.

⁷⁷¹ Pour une application du droit international à un cas où le droit interne seul était choisi par les parties : SOABI/Sénégal.

⁷⁷² Op cit note n° 769.

Quant à la CCJA , son article 17 dispose que « *Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce* ». Cette disposition consacre le principe de autonomie de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au fond du litige.

Toutefois, des critiques ont été formulées à l'encontre du Règlement CCJA⁷⁷³. En effet, contrairement à l'AUA qui a consacré la méthode par voie directe pour la détermination du droit applicable au fond du litige en son article 15, le RA. CCJA est revenu sur la méthode de la règle de conflit⁷⁷⁴. Néanmoins, l'utilisation de la règle de conflit ne prive pas le juge de tenir compte des stipulations du contrat et des usages du commerce⁷⁷⁵.

Par ailleurs, il convient de relever que ces principes ne sont pas les seuls applicables en matière d'arbitrage. Il convient de citer les principes généraux auxquels les arbitres recourent dans la résolution au fond du litige. Ces principes, nous les trouvons aussi dans les décisions arbitrales sous des appellations diverses telles que : *la lex mercatoria* ou encore « *les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées* ».

Qu'en est-il de l'application de ces principes par les deux règlements d'arbitrage?

S'agissant du règlement CIRDI, le fondement de l'application de ces principes par l'arbitre se trouve énoncé à l'article 42 (1) in fine en ces termes « *Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique (...) le droit (...) y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes du droit international en la matière* ».

Une telle disposition n'a été consacrée ni par l'AUA ni par le Règlement d'arbitrage CCJA encore moins par le traité instituant l'OHADA. De ce fait, l'on peut penser que l'arbitre ne trouvera aucun fondement juridique pour justifier l'application des principes généraux du droit. En effet, les textes de l'OHADA n'évoquent pour l'arbitre que l'application des usages du commerce international.

Pourtant, la volonté des parties dans le choix du droit applicable au fond du litige et subsidiairement celle des arbitres peut justifier l'application dans le traitement au fond du litige de ces principes.

⁷⁷³ P. Meyer, « *commentaire sous article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA* » in Traités et actes uniformes commentés et annotés, juriscope 2008, p.179.

⁷⁷⁴ Voir notre Première partie, Chapitre II, spé. p. 115.

⁷⁷⁵ L'article 17 alinéa 2 du RCCJA dispose que « *Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce* ».

Par ailleurs, il convient de préciser que l'arbitre peut recourir aux principes d'Unidroit aussi bien en présence d'un choix de loi qu'en l'absence de choix du droit applicable⁷⁷⁶.

Dans tous les cas, la loi choisie par les arbitres doivent respecter l'ordre public de fond de l'État où la sentence doit être exécutée ou conforme à l'ordre public communautaire⁷⁷⁷

En définitive, les règlements d'arbitrage CIRDI et CCJA comportent des règles caractérisant chacun un système d'arbitrage institutionnel. Du fait de la consécration du rôle important de la volonté tant des parties que des arbitres qui se manifeste par leur liberté dans la conduite de la procédure arbitrale, les deux règlements examinés ci-dessus sont conformes aux tendances contemporaines qui consacrent ainsi l'autonomie de l'arbitrage.

B Les principes d'autonomie de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence consacrés par les deux règlements

Les deux principes ci-dessus mentionnés constituent des principes fondamentaux du droit de l'arbitrage. En effet, le principe de compétence - compétence **(2)** est le complément nécessaire de l'autonomie de la convention d'arbitrage **(1)**.

1) L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal⁷⁷⁸ a été consacré pour la première fois par la Cour de cassation française dans l'arrêt Gosset du 7 mars 1963, à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat international⁷⁷⁹. Depuis cet arrêt, il a été reconnu que la convention d'arbitrage est un contrat dans un contrat⁷⁸⁰.

Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est contenu tant dans le Règlement d'arbitrage CCJA que dans le système d'arbitrage du CIRDI.

L'article 10. 4 du RA. CCJA dispose que : « *Sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre*

⁷⁷⁶ W. Ben Hamida « *Les principes d'Unidroit et l'arbitrage transnational : l'expérimentation des principes d'Unidroit aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées* », Journal du droit international, Clunet, n°4, Octobre 2012, doct.12.

⁷⁷⁷ Pour une distinction de ces deux ordres, voir notre Première partie, Titre I, Chap. I.

⁷⁷⁸ A côté du principe de l'autonomie de la Convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, il existe également celui de l'autonomie de la Convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique, qui a été consacré pour la première fois par l'arrêt Dalico.

⁷⁷⁹ JCP.1963 II 13405, note Berthold Goldman.

⁷⁸⁰ H. Motulsky, écrits et notes sur l'arbitrage, p. 346 et s.

est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ». Cette disposition stipule que la convention d'arbitrage est totalement autonome du contrat principal aussi bien matériellement que juridiquement.

Par ailleurs, l'autonomie de la convention d'arbitrage est également consacrée par l'AUA. En effet, son article 4 dispose que :

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique (...) » .

Ainsi, à l'instar des autres législations modernes du droit de l'arbitrage, le droit OHADA a consacré le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Elle n'est donc pas affectée par les causes d'invalidité touchant le contrat principal.

La cour de cassation française vient de confirmer ce principe par deux arrêts du 2 avril 2014⁷⁸¹ et du 14 mai 2014⁷⁸² aux termes desquels, elle a retenu que la clause d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

2. Le principe de compétence-compétence

Il est le dérivatif du principe de l'effet négatif de la convention d'arbitrage selon lequel le juge étatique doit, en tout état de cause, se dessaisir au profit de l'arbitre lorsqu'il existe une convention manifestement valable⁷⁸³. Il en résulte que l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence en cas de contestation sur l'existence et la validité du consentement à l'arbitrage.

Le principe de compétence - compétence est pris en compte par le CIRDI à l'article 41 de la Convention de 1965.

Il renforce les parties à voir leur différend soustrait de la compétence des juridictions étatiques. Ce principe est réaffirmé dans le RA. CCJA. L'article 10.3 dudit Règlement dispose que « *Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté prima facie l'existence de cette convention, peut*

⁷⁸¹Cass.1ère civ., 2 avril 2014, n°11-14.692, JurisData n°2014-006480, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°35, 28 août 2014, 1430.

⁷⁸²Cass.1ère civ, 14 mai 2014, n°13-15.827, JurisData n°20014-010165, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°35, 28 août 2014, 1430.

⁷⁸³ Cass.1ère civ, 26 oct. 2011, n°10-15.968, Mme Elham X. c/Sté Mohammad Ben Laden et al. Voir également, Cour Suprême, Ch. Jud. , Côte d'Ivoire, Arrêt n°230 du 12 avr. 2001., Macaci c/May Jean Pierre, ohadata.-J.02- 170.

décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toutes décisions sur sa propre compétence ».

Il est également prévu à l'article 21.2 du RA. CCJA qu' « à tout moment de l'instance l'arbitre peut examiner d'office sa propre compétence pour des motifs d'ordre public sur lesquels les parties sont alors invitées à présenter leurs observations ».

Le principe de compétence-compétence est enfin prévu à l'article 11 de l'AUA qui dispose que « *Le Tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage (...).*

Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation ».

La jurisprudence de la Cour de cassation française nous donne des exemples d'application du principe de compétence-compétence. Par un arrêt de principe en date du 12 février 2014, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a précisé la portée à donner à la règle de priorité de la compétence-compétence en affirmant qu' « *il incombe seulement au juge étatique, qui retient que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable, de se déclarer incompétent* »⁷⁸⁴. Les faits ayant donné lieu à cette solution se résument comme suit :

La société Markem-Imaje, dont le siège social est en France, avait confié à la société vénézuélienne Marquinarias Technifar la distribution au Venezuela des produits qu'elle fabrique. Suite à un différend, la société Markem-Imaje a résilié le contrat. La société Marquinarias Technifar l'a alors assignée en paiement devant un tribunal de commerce. La société Markem-Imaje a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique saisie en se prévalant d'une clause compromissoire contenue dans la convention signée entre les parties le 15 janvier 1996.

Statuant sur contredit, la Cour d'appel de Grenoble s'est déclarée incompétente au profit de la juridiction arbitrale. Un pourvoi a été formé par la société Marquinarias Tecnifar. Ce pourvoi a été rejeté par la haute juridiction.

⁷⁸⁴Cass.1^{ère} civ., 12 février 2014, n°13-10.346, Sté Marquinarias Technifar c/Sté Markem-Image. Comm. Caroline Asfar Cazenave, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°16-17, 17 avril, 2014, 1212.

Il résulte de l'arrêt rapporté que le principe quasi-universel de compétence-compétence signifie que les arbitres, saisis d'une contestation de leur pouvoir juridictionnel, ont le pouvoir de statuer sur leur propre compétence et ne sont pas tenus de surseoir à statuer sur le fond du litige lorsque cette question est contestée devant une juridiction étatique.

Ainsi, au sens de l'effet négatif du principe de compétence - compétence, l'arbitre bénéficie d'une priorité quasi absolue pour se prononcer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, sauf inarbitrabilité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage décidée par le juge étatique saisi⁷⁸⁵.

Il convient de relever que le principe de compétence-compétence s'applique également lorsqu'il y a indivisibilité des demandes⁷⁸⁶ et à la double condition qu'il n'existe pas de stipulations contraires des parties et d'absence d'objet commun des contrats en cause⁷⁸⁷.

Le principe de compétence-compétence a été également confirmé par certains arrêts de la CCJA. Ainsi dans l'arrêt MACACI⁷⁸⁸, la CCJA devait se prononcer sur un arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan qui avait considéré que la juridiction compétente pour le règlement des litiges nés d'un contrat était distincte de celle des différends portant sur l'annexe audit contrat. De manière convaincante, ce raisonnement a été rejeté en raison de la clause compromissoire contenue dans le contrat et de l'indivisibilité de celui-ci avec son annexe.

Dans l'affaire Sow Yérim, le pourvoi reprochait aux juridictions inférieures d'avoir morcelé la compétence juridictionnelle en distinguant les conflits portant sur la validité de la convention de cession d'actions contenant la clause compromissoire de ceux portant sur l'exécution de ladite cession d'actions. La CCJA a rappelé « *qu'il n'y a pas lieu de rechercher, comme le Tribunal et la Cour d'appel [ivoiriens] l'ont fait, si le litige porte sur la validité et donc l'existence même de la convention ou sur son application; qu'en effet, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, par rapport au contrat principal auquel elle se rapporte, impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir, d'exercer sa pleine compétence sur tous*

⁷⁸⁵ C. Asfar Cazenave, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°16-17, 17 avril, 2014, 1212. comm. sous arrêt précité. Voir également, Cass.civ, 1ère., 8 novembre 2005, n°02-18.512., comm. Gérard Chabot, Petites Affiches, 03 avril 2008., n°66, p.17.

⁷⁸⁶ Cass.1ère. civ, 8 novembre 2005, n°02-18.512., comm. Gérard Chabot, Petites Affiches, 03 avril 2008., n°66, p.17.

⁷⁸⁷ Cass.1ère civ., 12 février 2014, n°13-18.059, inédit, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°35, 28 août 2014, 1430., Chron., par Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini.

⁷⁸⁸ CCJA, arrêt n°12, 24 février 2005, Société de manufacture de Côte d'Ivoire dite MACACI c/ May Jean Pierre, Recueil de jurisprudence de la CCJA n°5, janvier-juin 2005, volume 2, p. 27.

*les éléments du litige à lui soumis, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou de l'exécution de la convention »*⁷⁸⁹.

Il en a été ainsi dans l'affaire Dam Sarr où les juridictions ivoiriennes avaient retenu leur compétence en invoquant la nullité de la clause compromissoire. Suivant la ligne tracée par les jurisprudences françaises que nous avons citées ci-dessus, la CCJA a accueilli le pourvoi en expliquant qu'en se prononçant ainsi « *sans démontrer en quoi la convention d'arbitrage contenue dans le protocole transactionnel est manifestement nulle, (...) la Cour d'appel d'Abidjan n'a pas donné une base légale à sa décision, laquelle encourt cassation* »⁷⁹⁰.

Enfin, la CCJA a raffermi son attachement à la protection des clauses compromissoires dans un différend sociétaire où, l'une des parties alléguait la compétence des juridictions étatiques en se prévalant du caractère impératif des règles régissant la res litigiosa. En l'espèce, il s'agissait des dispositions d'ordre public relatives aux délibérations des assemblées générales et à la révocation des dirigeants sociaux prévues par l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUS-CGIE). Après avoir rappelé les termes de la convention d'arbitrage, la CCJA a décidé qu'« *en présence d'une clause compromissoire, le juge étatique devait se déclarer incompétent, l'une des parties l'ayant demandé* »⁷⁹¹. Par cet arrêt, la CCJA a suivi la tendance actuelle du droit comparé qui admet que les conflits liés aux décisions des assemblées générales sont arbitrables. L'analyse de la CCJA est fondée car la lettre des articles 147 et 148 de l'AUSC-GIE est suffisamment large pour pouvoir inclure tout litige entre associés.

Le juge saisi du fond du litige en dépit d'une convention d'arbitrage ne doit se livrer qu'à un contrôle prima facie et non plein de l'arbitrabilité.

⁷⁸⁹ CCJA, arrêt n° 020/2008, 24 avril 2008, Sow Yérim Abib c/ Ibrahim Souleymane AKA et Koffi Sahouot Cédric, Actualités juridiques n° 63, p. 147, note F. Komoin.

⁷⁹⁰ CCJA, arrêt n° 043/2008, 17 juillet 2008, Dam Sarr c/ Mutuelle d'Assurance des Taxis Compteurs d'Abidjan dite MATCA, Revue camerounaise de l'arbitrage n° 42, juillet-août-septembre 2008, p. 24, note G. Kenfack Douajni.

⁷⁹¹ CCJA, arrêt n° 035/2010, 03 juin 2010, Carlos Domingos Gomes contre B.A.O, Cdrom Juriafrica. Jurisprudence CCJA et Textes OHADA annotés, 2ème édition, 2011.

II La garantie des principes fondamentaux de la procédure arbitrale dans les règlements CIRDI et CCJA

Parmi les règles impératives en matière d'arbitrage, on évoque généralement le principe du contradictoire et d'égalité des parties (A), ainsi que celui relatif à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres (B).

A- Le respect du principe du contradictoire et d'égalité des parties

Les principes du contradictoire et d'égalité des parties sont connus comme des principes relatifs aux droits de la défense. Tout procès, qu'il soit arbitral ou étatique, doit se faire dans le strict respect des droits de la défense. L'application du principe du contradictoire donne la possibilité à chacune des parties, au cours du procès de faire valoir ses arguments et moyens de défense.

L'instruction de la cause dans l'arbitrage CCJA est caractérisée par la nécessité pour les arbitres de respecter le principe du contradictoire. C'est ce que l'article 19.1, alinéa 2 prévoit « *Après examen des écrits des parties et des pièces versées par elles aux débats, l'arbitre entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande ; à défaut, il peut décider d'office leur audition* ».

L'arbitre est tenu de respecter et faire respecter le principe du contradictoire⁷⁹². L'article 19.1, alinéa 6 du RA. CCJA dispose que « *Si l'une des parties, quoique régulièrement convoquée, ne se présente pas, l'arbitre, après s'être assuré que la convocation lui est bien parvenue, a le pouvoir, à défaut d'excuse valable, de procéder néanmoins à l'accomplissement de sa mission, le débat étant réputé contradictoire* ».

Le déroulement de l'audience doit être contradictoire⁷⁹³.

Le respect du principe du contradictoire est également visé dans l'AUA.

⁷⁹² Cour d'appel de Pointe -Noire (Congo Brazzaville), arrêt du 04 mars 2005, COFIPA Investments Banks Congo c/Sté COMADIS Congo. Ohadata J-13-73. C'est à bon droit que les magistrats congolais ont, conformément aux dispositions combinées des articles 9 et 14 alinéa 5 et 6 de l'AUA retenu que le principe du respect de la contradiction s'entend d'une part, de l'obligation qui est faite à l'arbitre d'accorder à chacune des parties la possibilité de faire valoir ses prétentions, connaître celles de son adversaire et procéder à leur discussion, et d'autre part, de l'interdiction de se fonder sur des moyens relevés d'office sans que les parties n'aient été invitées au préalable à en discuter. Dans l'espèce qui était soumise aux magistrats de la Cour d'appel, l'arbitre unique avait lui-même procédé à une enquête sans associer les parties, ni même soumettre à la discussion de celles-ci les éléments de fait ou de droit recueillis lors de cette investigation. C'est à bon droit que la Cour d'appel a prononcé l'annulation de la sentence de l'arbitre unique qui a été rendue par méconnaissance des articles ci-dessus cités.

⁷⁹³ Article 19.4 du Règlement CCJA.

En premier lieu, son article 9 dispose que « *Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* ».

En second lieu, l'article 14, alinéa 5 de l'AUA fait obligation au tribunal arbitral de ne retenir dans sa décision que les moyens, explications ou les documents débattus contradictoirement par les parties⁷⁹⁴.

La violation du principe du contradictoire constitue donc un motif d'annulation de la sentence arbitrale conformément à l'article 26, alinéa 4 dudit AUA⁷⁹⁵.

B- Le principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres

L'indépendance de l'arbitre est un principe fondamental de l'arbitrage⁷⁹⁶. C'est un gage essentiel de la confiance des parties dans le processus arbitral. Mais, la jurisprudence abondante de ces derniers temps atteste que ce principe fondamental de l'arbitrage est en voie d'être définitivement remplacé par l'obligation de révélation⁷⁹⁷.

Les règlements CIRDI et CCJA posent-ils cette exigence d'indépendance des arbitres ?

De manière générale, les deux règlements ci-dessus cités font de l'indépendance et/ou de l'impartialité des arbitres une exigence fondamentale, pour la garantie d'un procès équitable auquel les parties ont légitimement droit.

En premier lieu, l'article 6 du Règlement d'arbitrage du CIRDI a prévu une déclaration solennelle d'indépendance et d'impartialité à laquelle tout arbitre doit se conformer. Le défaut de signature de ladite déclaration par un arbitre est considéré comme un acte de démission de la part dudit arbitre.

En second lieu, le RA. CCJA n'aborde que l'aspect de l'indépendance des arbitres, qui doivent signaler par écrit au Secrétaire Général des faits ou circonstances qui pourraient être de nature à

⁷⁹⁴ L'article 14 alinéa 5 dispose que « *Ils ne peuvent retenir dans leur décision les moyens, les explications ou les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ».

⁷⁹⁵ L'article 26 AUA dispose que « *Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants : • si le Tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; • si le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; • si le Tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; • si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; • si le Tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité* ».

⁷⁹⁶ M. Henry, « *Le devoir d'indépendance de l'arbitre* », LGDJ.2001.

⁷⁹⁷ C.A Paris, 10 mars 2011, sté Nykcool c/sté Dole France, Rev.arb. 2011, 732, C.A Reims 31 janv.2012, Batard et autres c/SASA Carrefour Proximité et autres., Rev.arb.2012, somm.2009.

remettre en cause leur indépendance dans l'esprit des parties⁷⁹⁸. L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétaire Général de la Cour et aux parties, les faits et circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale.

Il pèse ainsi sur l'arbitre une obligation de révélation avant l'acceptation de sa mission jusqu'à la notification de la sentence arbitrale. Ce qui a fait dire à un auteur que cette obligation s'étend sur toute la durée du litige⁷⁹⁹ et toutes circonstances nouvelles devront faire l'objet d'une nouvelle déclaration. L'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre se poursuit pendant toute la procédure arbitrale jusqu'à la fin de la mission de l'arbitre⁸⁰⁰.

Mais quelle est l'étendue de l'obligation de révélation dans les deux règlements d'arbitrage ?

L'obligation de révélation s'apprécie au regard de deux critères : la notoriété de la situation critiquée et son incidence raisonnablement prévisible sur la décision de l'arbitre. Les liens considérés comme notoires sont dispensés de l'obligation de révélation⁸⁰¹.

Dans la pratique arbitrale, l'obligation de révélation concerne les relations de l'arbitre⁸⁰² avec les parties (1) et leurs avocats (2), mais également avec les autres arbitres (3).

1. L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec une partie au litige

L'obligation de révélation consiste à garantir, au moins en apparence, l'indépendance de l'arbitre. Pour ce faire, l'arbitre est tenu de révéler tout fait, tout rapport qu'il peut avoir avec une partie au litige afin d'éviter qu'il y ait un conflit d'intérêts. Il doit ainsi révéler toutes ses relations d'intérêts et son courant d'affaires avec les parties.

Par un arrêt du 31 janvier 2012, la Cour d'Appel de Reims a annulé une sentence arbitrale au motif que l'arbitre avait omis de révéler tous ses liens avec le groupe Carrefour et que cette omission était de nature à porter atteinte aux droits de la défense dont la protection relève de l'ordre public procédural.

Il convient juste de rappeler pour la compréhension de l'arrêt que l'arbitre désigné par la société Carrefour avait été nommé par cette même société trente quatre fois dans des affaires comparables depuis 1996, dont douze fois avant 2001, année de la constitution du tribunal arbitral et dix-huit fois

⁷⁹⁸ Article 4.1 du Règlement CCJA.

⁷⁹⁹ T. Clay, note sous arrêt, C.A Paris, 17 février 2005, n° 03/22.386, Dalloz 2005, Pan.3057.

⁸⁰⁰ C.A Reims, 2 novembre 2011, Tecnimont.

⁸⁰¹ C.A Paris, 16 déc.2010, n°09/18.545, Gaz.Pal. 15-17 mai 2011, p.21, obs. Daniel Cohen.

⁸⁰² D. Cohen, « *L'indépendance des arbitres et conflits d'intérêts* », Rev.arb. 2011, p.611.

avant 2002, année du prononcé de la sentence arbitrale, soit six nominations durant la procédure arbitrale. Dans sa déclaration d'indépendance, l'arbitre a révélé avoir été désigné comme arbitre « à plusieurs reprises » par le groupe Carrefour mais sans donner plus de détails sur le nombre, la fréquence et la régularité de ces désignations. C'est ce manque de détails qui amena les juges du fond à annuler la sentence. Cette décision a été confirmée par les juges du droit (la Cour de cassation) par un arrêt du 20 mars 2013⁸⁰³.

Il résulte de l'arrêt de la Cour d'appel de Reims et confirmé par la Cour de cassation que l'information due par l'arbitre porte seulement sur le nombre d'arbitrages dans lesquels il a été désigné « sans que soit exigé de l'arbitre de révéler le nom des parties ou des affaires des parties »⁸⁰⁴. C'est le corollaire de l'obligation de confidentialité à laquelle est soumis l'arbitre. Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence constante en matière arbitrale qui a imposé à l'arbitre de révéler « spontanément » aux parties « tous les faits et circonstances » qui sont de nature à faire naître dans « l'esprit des parties » un doute quand à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre⁸⁰⁵. Il n'appartient pas aux parties de se renseigner sur l'arbitre. Mais par un arrêt en date du 25 juin 2014⁸⁰⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation française a jugé que « les circonstances non révélées, relatives aux relations d'affaires de l'arbitre avec le groupe T. ne pouvaient, rapprochées des autres éléments de la cause, être de nature, ni à affecter son jugement, ni à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance » car « l'issue de la procédure arbitrale n'aura aucun retentissement sur la situation financière de la société T ». L'arrêt de la Cour de cassation signifie qu'un fait occulté n'a pas à être révélé s'il n'a pas eu d'impact sur la sentence quand bien même il aurait dû l'être. En cela, il s'inscrit en contradiction avec la tendance dégagée depuis plusieurs années⁸⁰⁷.

L'arbitre doit également révéler tout lien de subordination à l'égard d'une partie, tel que le fait d'être ou d'avoir été salarié de l'une des parties⁸⁰⁸.

⁸⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, n°12-18238, D, M. et Mme X c/Logidis et Carrefour France.

⁸⁰⁴ Voir E. Loquin, « les liaisons dangereuses de l'arbitre avec l'avocat de l'une des parties ».

⁸⁰⁵ C.A Paris, 23 mars 1995, RTD com. 1995, 588, obs. Eric Loquin. Cass. 1^{ère} civ, 20 octobre 2010, n°09-68.997, Rev.arb. 2011. 667 et 670., C.A Reims, 31 janv.2012, n°11-00.939 et C.A Reims , 31 mars 2012, n°10-03.288, Gaz.Pal. 6-8 mai 2012, note Bensaude.

⁸⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2014 Groupe Antoine Tabet, n° 11-16.444 à paraître au Bull.civ I.

⁸⁰⁷ T. Clay, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cahiers de l'arbitrage, 01 oct.. 2014, n°3, p.547.

⁸⁰⁸ C.A Paris, 23 févr. 1999, RDT com. 1999, 371.

En attendant la confirmation de l'obligation de révélation par la CCJA, nous pouvons d'ores et déjà dire que l'article 4.1 du RA. CCJA fait naître implicitement une obligation de révélation à la charge de l'arbitre.

2. L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec le Conseil de l'une des parties

L'enseignement que l'on peut tirer du RA. CCJA est qu'il étend, sous réserve de la jurisprudence de la CCJA, l'obligation de révélation aux rapports pouvant exister entre un arbitre et l'avocat ou le cabinet d'avocats chargé de défendre dans la procédure d'arbitrage les intérêts de l'une des parties en ce que l'article 4.1, alinéa 3 dudit Règlement dispose que l'arbitre « *fait connaître par écrit au Secrétaire général de la Cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties* ».

Il en résulte que l'obligation de révélation a un domaine plus étendu que celui des causes de récusation qui, pour nous, sont limités aux défauts d'indépendance de l'arbitre⁸⁰⁹.

Dans la pratique arbitrale moderne, il arrive que les juges du fond annulent des sentences pour non révélation des relations existant entre l'arbitre et le conseil de l'une des parties.

Il en a été ainsi dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris du 9 septembre 2010⁸¹⁰ aux termes duquel, elle a jugé que « *le défaut d'indépendance peut résulter des rapports qu'un arbitre entretient non seulement avec l'une des parties à l'instance, mais également avec son Conseil, dès lorsqu'il s'agit de relations d'intérêts et qu'elles ne revêtent pas un caractère occasionnel* ».

Par ailleurs, les relations sociales et professionnelles sont imbriquées. Dans ces conditions, il peut s'avérer que l'arbitre ou le conseil de l'une des parties a des relations de travail avec l'un ou l'autre. Dans cette hypothèse, l'arbitre est-il tenu de révéler les liens familiaux existant entre lui et le Conseil ou le cabinet d'avocats chargé de défendre l'une des parties ?

Ni le RA. CCJA ni la jurisprudence CCJA ne nous donnent la solution. Cependant, la jurisprudence de la pratique arbitrale française a eu à statuer dans des cas similaires. Par plusieurs arrêts, la cour d'appel de Paris a annulé des sentences arbitrales au motif que l'arbitre n'avait pas révélé que sa fille travaillait dans le cabinet d'avocats représentant l'une des parties à l'arbitrage, ou que la mère du

⁸⁰⁹L'article 4 du Règlement d'arbitrage ne parle que d'indépendance de l'arbitre tandis que les autres règlements d'arbitrage CIRDI et CCI font du défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre des causes de récusation.

⁸¹⁰C.A Paris, 9 sept. 2010, n°09-16.182, Rev.arb. 2011. 666.

conseil de l'une des parties était remariée avec l'un des membres du tribunal arbitral⁸¹¹.

3. L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec un autre arbitre

Par un jugement du 4 mai 2012⁸¹², le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé que l'obligation de révélation s'étend aux liens que les arbitres peuvent avoir entre eux. Ils doivent donc révéler ces liens. Il en a été de même pour l'arbitre qui a été salarié ou ancien salarié d'un autre arbitre⁸¹³.

Toutefois l'obligation de révélation ne s'étend pas aux travaux scientifiques et aux colloques auxquels les arbitres ont participé⁸¹⁴.

Le manquement à l'obligation de révélation entraîne trois conséquences pour l'arbitre :

En premier lieu, l'arbitre engage sa responsabilité civile à l'égard de la partie victime de son silence, en cas de manquement à l'obligation de révélation.

Cette responsabilité civile est double. En effet, l'obligation de révélation est, en premier lieu, de nature pré-contractuelle. En effet, l'article 4.1 alinéa 3 du RA. CCJA dispose qu' « *avant sa nomination* ». Ce démembrement de phrase situe les relations entre l'arbitre et l'une des parties dans une sorte de pourparlers. L'arbitre n'est pas confirmé et le tribunal arbitral n'est pas constitué. Dans cette hypothèse, si l'arbitre désigné ne remplit pas l'obligation de révélation prévue par l'article 4.1, alinéa 3, il engagera sa responsabilité civile extra-contractuelle.

L'obligation de révélation devient contractuelle une fois le tribunal arbitral est constitué. C'est - à dire que l'arbitre a été confirmé par la CCJA. Dès sa confirmation, l'arbitre doit révéler les faits de nature à mettre en cause son indépendance et son impartialité. S'il ne les révèle pas, il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de la partie victime de son silence⁸¹⁵.

En second lieu, cette non révélation (défaut d'indépendance) peut donner lieu à la récusation de l'arbitre.

L'article 4.2, alinéa 1 du RA. CCJA dispose que : « *La demande de récusation, fondée sur une allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif, est introduite par l'envoi au Secrétaire général de la Cour d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée*

⁸¹¹ C.A Paris, 18 déc. 2008, Rev. arb. 2011. 682, C.A Paris, 1er janv.1999, Rev. arb.1999. 381. Voir également, E. Loquin, « *Les liaisons dangereuses de l'arbitre avec l'avocat de l'une des parties* ». RTD com. 2012, p.518.

⁸¹² TGI Paris, 4 mai 2012, n°12-53.139.

⁸¹³ C.A Rouen , 28 oct.1998, Rev. Arb. 1999.374.

⁸¹⁴ Cass. 1ère civ., 29 janv. 2002, n°00-12.173, Rev. Arb. 2002. 208.

⁸¹⁵ C.A Reims, 31 janv.2012, n°11-00.939.

cette demande ». Il appartient à la partie qui veut récuser un arbitre de saisir la CCJA siégeant en tant que centre d'arbitrage dans le délai de trente jours suivant la date à laquelle elle a été informée des faits et circonstances⁸¹⁶. Il faut rappeler qu'en visant le RA. CCJA dans leur convention, les parties l'ont intégré à leur contrat. Elles ont donc l'obligation de se conformer à toutes les modalités de ce règlement à l'instar des autres clauses contractuelles. Le règlement d'arbitrage a donc une force contractuelle qui s'impose aux parties litigantes⁸¹⁷.

L'institution d'arbitrage appréciera en fonction des éléments propres à chaque espèce si les faits invoqués sont de nature à affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Cependant, le grief non soulevé en temps utile rend irrecevable la contestation ultérieure de l'indépendance de l'arbitre.

Il convient de rappeler également que dans un arbitrage institutionnel, la CCJA peut intervenir comme juge d'appui pour régler les difficultés liées à l'obligation de révélation alors que dans le cadre d'un arbitrage ad'hoc régit par l'AUA, c'est le président du Tribunal du siège de l'arbitrage qui interviendra en tant que juge d'appui afin de régler les difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral.

Par ailleurs, il peut arriver que les juges du fond écartent⁸¹⁸ un règlement d'arbitrage pour atteinte à l'ordre public, telle la brièveté du délai, empêchant une partie d'accéder au juge.

En troisième lieu, le fait pour un arbitre de violer l'obligation de révélation est un grief susceptible de justifier l'annulation de la sentence en raison de la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

Le RA. CCJA ne prévoit pas ce cas d'annulation. Toutefois, l'AUA qui constitue le droit commun applicable à l'arbitrage dans l'espace OHADA comble cette lacune. Son article 26 dispose que « *Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants :*

- *si le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné* ».

Nous retenons avec le Pr Eric Loquin que trois règles sont constantes en matière d'obligation de

⁸¹⁶ L'article 4.2 alinéa 3 du Règlement CCJA dispose que : « *Cette demande doit être envoyée par la partie, à peine de forclusion, soit dans les trente (30) jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre par la Cour, soit dans les trente (30) jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle évoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée* ».

⁸¹⁷ T. Clay, « *Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction* », Cahiers de l'arbitrage, 01 oct.. 2014, n°3, p.547.

⁸¹⁸ Voir les arrêts SNF c/CCI, C.A Paris, 22 janv. 2009, n° 07-19.492 ; C.A, Paris, 17 nov. 2011, Pinelli, n° 09-24.158, Rev. arb. 2012.387, obs. François Xavier Tran, p.267.

révélation. D'une part, seules les relations d'affaires doivent être révélées. D'autre part, les faits notoires n'ont pas à être révélés. Enfin, les liens familiaux existant entre l'arbitre et l'avocat ou le cabinet d'avocats de l'une des parties doivent être toujours révélés. Mais cet effort d'uniformisation vient d'être mis à mal par l'arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation en date du 25 juin 2014.

De ce qui précède, on constate que les deux règlements ont été élaborés en tenant compte des règles matérielles et procédurales du droit international de l'arbitrage. La souplesse et la flexibilité caractérisent ces textes, malgré la prégnance des institutions arbitrales, notamment pour ce qui est des règlements CIRDI et CCJA, qui jouent simplement un rôle d'encadrement.

Paragraphe II- Les spécificités propres aux deux règlements

Nous nous contenterons de faire ressortir les spécificités des deux règlements ci-dessus mentionnés au plan de l'encadrement de la procédure arbitrale (**I**) et de l'efficacité de la sentence (**II**).

I- L'encadrement de la procédure arbitrale

Le soin laissé aux parties d'organiser librement la procédure arbitrale n'écarter pas pour autant l'encadrement que peut leur apporter l'institution arbitrale. Cette faculté ne surprend pas. Le CIRDI et la CCJA sont des Institutions d'arbitrage. Nous avons fait le choix de présenter un triple trait de cet encadrement dans l'organisation de la procédure arbitrale (**A**), du régime des mesures provisoires (**B**) et relativement à la perception de la notion de confidentialité (**C**).

A- L'organisation de la procédure arbitrale

Le déroulement de la procédure arbitrale varie d'un règlement à un autre.

Dans le cas du règlement CIRDI, il a été institué une conférence préliminaire dont le point de départ semble se situer avant l'ouverture des débats⁸¹⁹. Cette conférence peut être organisée à la requête soit du Secrétaire Général, soit des parties. Elle a pour but de bien fixer le cadre général de la procédure. En effet, l'échange d'informations et l'admission des faits dont l'existence n'est pas contestée permet à toutes les parties d'être fixées sur les points litigieux. L'organisation d'une telle conférence évite les pertes de temps pendant la conduite des débats. Par ailleurs, elle peut aboutir à un règlement amiable du litige entre les parties.

L'organisation de la procédure arbitrale sous l'égide de la CCJA est dominée par le procès verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure arbitrale. Le procès-verbal est élaboré et signé par l'arbitre-ou les arbitres-et signé par les parties.

⁸¹⁹Article 21 Règlement CIRDI.

Le procès-verbal du RA. CCJA est souvent apparenté à l'acte de mission de la CCI⁸²⁰, dont le règlement de 1998 a largement servi de modèle pour son élaboration. L'utilité de ce procès - verbal consiste à donner aux parties la possibilité de mieux préciser leurs volontés.

Le procès – verbal dans l'arbitrage CCJA se distingue de l'acte de mission de la CCI en ce qu'il doit être obligatoirement établi en présence des parties. L'article 15 du règlement CCJA fait, en effet, obligation à l'arbitre de convoquer les parties ou leurs conseils à la réunion au cours de laquelle ledit procès - verbal sera rédigé.

En outre, le procès verbal de la CCJA fixe clairement le calendrier de la procédure⁸²¹. Il oblige les arbitres à procéder à une énumération des demandes résultant des mémoires des parties. Il oblige donc les parties d'énoncer les points litigieux⁸²². Cette énumération des points litigieux, désormais facultative dans l'arbitrage CCI, peut être utile dans la mesure où elle permet aux uns et autres de mieux cerner le litige, de préciser la volonté des parties et de fixer leurs positions respectives. Cet exercice peut même dans certains cas conduire à un règlement amiable du litige⁸²³.

Par ailleurs, on note enfin, s'agissant des délais, que le procès verbal doit être établi dans les soixante jours au plus tard, à compter de la réception du dossier par l'arbitre⁸²⁴. Ce dernier rédige et signe la sentence dans les quatre vingt dix jours au plus qui suivent la fin des débats, selon l'article 15.4 du règlement d'arbitrage CCJA. Ce délai peut être prorogé par la CCJA à la demande de l'arbitre si celui-ci n'est pas en mesure de le respecter⁸²⁵.

⁸²⁰ Voir Commentaire sous l'article 15 du Pr. Pierre Meyer, code OHADA, 2012, p.205.

⁸²¹ Le calendrier de procédure a un caractère prévisionnel. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la CCJA: arrêt n°45, 17 juill. 2008.

⁸²² L'article 15.1 a) du RA CCJA dispose que « *Il est procédé à une énumération de ces demandes telles qu'elles résultent des mémoires respectivement produits par les parties à cette date, avec une indication sommaire des motifs de ces demandes et des moyens invoqués pour qu'il y soit fait droit* ».

⁸²³ L'article 15.1 b) du RA CCJA prévoit la possibilité de constater un accord entre les parties en énonçant que « *de constater s'il existe ou non un accord des parties sur les points énumérés aux articles 5.e) et 6.b) et d) ci- dessus* ».

⁸²⁴ Article 15.1 du RA CCJA dispose que « *Après réception du dossier par l'arbitre, celui-ci convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils, à une réunion qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible, et au plus tard dans les soixante (60) jours de cette réception du dossier* ».

⁸²⁵ Article. 15. 4 in fine du RA CCJA.

Ces différents délais ainsi que l'obligation faite à l'arbitre, selon l'article 15.1(d) de préciser les dates de remise des mémoires respectifs jugés nécessaires ainsi que la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront déclarés clos, visent à prévenir les lenteurs procédurales injustifiées et généralement préjudiciables aux parties.

De manière générale, on peut voir dans l'aménagement de ce procès verbal, la volonté de mieux organiser l'arbitrage en vue de son meilleur déroulement.

B Les mesures provisoires dans les deux règlements d'arbitrage

Dans l'évolution du droit de l'arbitrage commercial international, les mesures provisoires occupent une place particulière. L'éloignement des parties, la facilité de déplacer biens et capitaux, peuvent les rendre particulièrement nécessaires. La durée de la procédure, qui n'est pas toujours aussi rapide qu'on le croit, ainsi que l'exigence de préserver une situation de fait ou de droit ou de sauvegarder des preuves, sont souvent à l'origine de la nécessité d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires⁸²⁶. Puisque les parties auront entendu confier le règlement de leur litige à un tribunal arbitral, il semblerait naturel de pouvoir obtenir du tribunal arbitral l'octroi de telles mesures.

De manière générale, la tendance est à la reconnaissance des pouvoirs de l'arbitre d'ordonner des mesures provisoires. Mais elles sont très encadrées.

L'article 47 de la Convention CIRDI fait référence aux pouvoirs du juge et ceux de l'arbitre de recommander des mesures conservatoires.

La jurisprudence CIRDI a même confirmé que l'article 47 donnait à l'arbitre le pouvoir de prendre de telles mesures⁸²⁷. Les parties demeurent bien entendu libres de dénier ce pouvoir à l'arbitre. Les législations nationales jouent un rôle important dans ce domaine puisqu'un arbitre ordonne des mesures provisoires lorsque la loi procédurale (typiquement la loi du siège de l'arbitrage) l'y autorise. A fortiori, des mesures ordonnées par l'arbitre ne seront exécutoires dans une juridiction nationale que si la loi procédurale le permet.

Quant au RA. CCJA, il prévoit la possibilité pour les arbitres d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires. En effet, son article 10.5 dispose que : « *sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale* ».

⁸²⁶A. Carlevaris, « *Les pouvoirs des arbitres en matière mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien* », Gazette du Palais, 15 novembre 2001 n° 319, p. 27.

⁸²⁷Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador, ICSID Case N°. ARB/06/11 (17 August 2007).

Cet article démontre que l'arbitrage CCJA s'inscrit dans le droit moderne de l'arbitrage international, d'une part, et qu'il peut être mieux accepté comme moyen de résolution efficace, y compris des différends complexes, d'autre part.

Le pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures provisoires, dans le cadre de l'arbitrage CCJA, est limité. En effet, l'article 10.5, alinéa 3 du RA. CCJA dispose qu' « *avant la remise du dossier à l'arbitre, et exceptionnellement après celle-ci, au cas où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à l'autorité judiciaire compétente* ».

En premier lieu, l'article 10.5, alinéa 3 prévoit que l'arbitre ne peut pas ordonner des mesures provisoires avant sa saisine. Cette situation est conforme à la tendance actuelle de l'arbitrage international et du droit commun de l'arbitrage. En droit commun, et en cas de clause compromissoire, rien ne s'oppose, avant que l'arbitre soit saisi, à ce que soient sollicitées des mesures provisoires ou conservatoires que justifiera l'urgence. La jurisprudence française est très nette dans ce sens⁸²⁸. Le même raisonnement est retenu en droit OHADA en ce qu'il prévoit qu'avant la remise du dossier au tribunal arbitral en cas d'urgence, la partie concernée peut demander des mesures provisoires à la juridiction compétente. Dans ce cas, la CCJA doit être informée de la demande, ainsi que de toutes les mesures ordonnées par la juridiction et doit, à son tour, en informer le tribunal arbitral.

En second lieu, l'article 10.5, alinéa 3 prévoit qu'exceptionnellement après la remise du dossier au tribunal arbitral, en cas d'urgence, la partie concernée peut demander à l'autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires. Comme dans le premier cas, la CCJA doit être informée de la demande, ainsi que de toutes les mesures ordonnées par la juridiction et doit, à son tour, en informer le tribunal arbitral.

De la même manière, l'AUA prévoit que des mesures provisoires peuvent également être ordonnées par les autorités judiciaires nationales, dans les mêmes conditions ci-dessus décrites. Lorsque la procédure est régie par le seul AUA, les juridictions étatiques demeurent compétentes nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en cas d'urgence reconnue et motivée, ou lorsque les mesures devront s'exécuter dans un État non membre, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen au fond⁸²⁹.

⁸²⁸Cass. com., 24 mars 1994, Rev. arb. 1995. 95., Cass. civ. 2ème, 1er févr. 1989., Bull.civ II, 1989. 459, note Gérard Couchez.

⁸²⁹ N. Pilkington, S.Thouvenot, « *Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage* », Pratique et actualités du droit

Les tribunaux étatiques conservent ainsi une compétence parallèle en matière de mesures provisoires. Il convient de préciser que cette démarche ne vaut pas renonciation à l'arbitrage, sauf stipulation contraire des parties.

Enfin, les Règlements CIRDI et CCJA soumettent l'exécution des sentences relatives aux mesures provisoires à une demande d'exequatur. En effet, l'article 10.5, alinéa 2 du RA.CCJA dispose que : « *Les sentences prononcées dans le cadre de l'alinéa qui précède sont susceptibles de demandes d'exequatur immédiates, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution de ces sentences provisoires ou conservatoires* ». Cette disposition s'explique par le fait que les arbitres n'ont pas d'imperium.

Dans le cas particulier de l'arbitrage CCJA, si l'exequatur est nécessaire pour l'exécution de ces mesures, il peut être demandé devant la CCJA siégeant en tant que juridiction judiciaire. L'exécution provisoire d'un titre exécutoire ne peut être suspendue dès lors que la sentence est revêtue de l'exequatur et son exécution forcée a déjà commencé⁸³⁰.

C- La notion de confidentialité dans les deux règlements d'arbitrage

La confidentialité est l'une des raisons essentielles qui pousse les parties à recourir à l'arbitrage parce qu'elles espèrent préserver le secret de leurs affaires. En effet, la confidentialité de l'arbitrage est avant tout constituée par le caractère privé des débats, c'est-à-dire le droit absolu des parties d'exclure tout étranger à la procédure⁸³¹.

La question de la confidentialité prend une dimension particulière en matière d'arbitrage d'investissement, où l'implication des entités étatiques a fait introduire une notion de transparence, conduisant à la restriction des règles de confidentialité.

L'arbitrage CIRDI du fait de son caractère transnational, est le premier à introduire une souplesse par rapport aux règles de confidentialité. Cette souplesse se manifeste dès la première phrase de l'article 32.2 du règlement d'arbitrage CIRDI. Cet article confère au tribunal arbitral la faculté discrétionnaire d'ouvrir l'audience au public avec l'accord des parties et après consultation du Secrétaire Général. Le même esprit de souplesse se poursuit avec la possibilité ouverte par l'article 48 (4) du Règlement d'arbitrage CIRDI de publier la sentence avec le consentement des parties. A

OHADA, journées d'études. Juriscope Poitiers, p. 128.

⁸³⁰ Tribunal de commerce de Pointe-Noire (Congo Brazzaville), jugement n° 001 du 09 janvier 2008, société ENI-Congo S.A c/ Établissements MIC VIDEO., ohadata J-13-71.

⁸³¹ G. Brun et A. Pearsall, « *Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international* », Bulletin Cour internationale d'arbitrage de la CCI, supplément spécial 2009, p.25. Voir également, S. Lazareff, « *Confidentialité et arbitrage : approche théorique (et même philosophique)* », même revue, p.67.

défaut d'un tel consentement, ou dans l'attente dudit consentement, le centre publie des extraits du raisonnement juridique adopté par les parties.

La publication des décisions du CIRDI a été considérée, à juste titre, comme permettant de constituer un corpus de règles jurisprudentielles qui permet aux investisseurs et aux États d'être mieux éclairés sur l'interprétation des traités relatifs aux investissements par les tribunaux arbitraux. Elle est aussi considérée comme une forme de transparence dans la mesure où cet arbitrage met en œuvre directement la responsabilité des États.

Dans le RA.CCJA, l'article 14 stipule que la procédure arbitrale est confidentielle. La confidentialité s'étend dans les mêmes conditions aux sentences arbitrales. Elle s'applique également aux experts, et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage.

Cette confidentialité est également exigée par l'article 18 de l'AUA qui dispose que « *les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes* ». Il en résulte que le caractère secret du délibéré interdit sa divulgation par un arbitre. Au-delà du texte qui ne vise que le secret des délibérations, la confidentialité couvre tous les éléments ayant trait au litige et à la procédure arbitrale.

Contrairement au Règlement d'arbitrage du CIRDI, le RA. CCJA a un champ d'application plus large, en ce qu'il peut servir tant pour les arbitrages purement commerciaux, qu'en matière de contrats d'investissements. Le caractère strict des règles relatives à la confidentialité se justifie dans le RA.CCJA dans la mesure où l'arbitrage oppose des parties privées. Néanmoins, le fait que le RA. CCJA puisse être choisi pour la résolution des litiges relatifs aux contrats d'investissement impliquant des États dans l'espace OHADA pourrait amener la jurisprudence à faire varier le degré de confidentialité.

La tendance actuelle dans les règles relatives aux arbitrages d'investissement, notamment en ce qui concerne le CIRDI et la CNUDCI est en faveur d'une plus grande transparence, et par ricochet d'une restriction de la confidentialité, notamment s'agissant de la publication des sentences arbitrales. La CCJA devra prendre la pleine mesure de la notion de confidentialité des sentences pour restreindre quelque peu ladite notion, en faveur de la promotion même de son système d'arbitrage.

II- L'efficacité de la sentence arbitrale

L'efficacité de l'arbitrage dépend en fin de compte de la facilité avec laquelle la sentence qui en résulte est exécutée. L'efficacité de la sentence arbitrale sera examinée ici à travers son exécution forcée (A) et les recours qui sont ouverts contre elle (B).

A- L'exécution forcée des sentences arbitrales CIRDI et CCJA

L'exécution forcée est considérée comme une exception en matière d'arbitrage. En effet, l'arbitrage a un caractère volontaire. A cet égard, il conduit à l'acceptation de la décision rendue par le tribunal arbitral. Comme en matière interne, il arrive que la partie perdante refuse de se conformer à la sentence. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la sentence devra recourir à son exécution forcée.

En matière d'exécution forcée, les règles du CIRDI sont parmi les premières au monde reconnues pour leur efficacité. En effet, le CIRDI impose aux États contractants de reconnaître la sentence rendue et d'assurer l'exécution des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État⁸³². Il en résulte que les sentences CIRDI sont directement exécutoires dans les États parties. Notre affirmation est confortée par l'article 54 (2), qui simplifie la procédure d'exequatur des sentences arbitrales CIRDI⁸³³. L'exequatur doit en effet être délivré sur simple présentation de la copie certifiée conforme de la sentence par le Secrétaire Général, à toute autorité que ledit État contractant aura désignée à cet effet.

L'originalité de cette procédure dite de « *l'exequatur simplifié* » a fait la preuve de son efficacité. Toutefois, elle a aussi montré ses limites, dont l'une des plus visibles est de n'avoir pas unifié le cadre général de l'exequatur dont l'application a été laissée aux États contractants. Certes, lesdits États sont tenus de respecter les obligations contractuelles découlant de la signature de la Convention, mais les autorités judiciaires en charge de la procédure d'exequatur dans les États contractants peuvent exiger un contrôle de la sentence par rapport au respect de leur ordre public. Par ailleurs, l'autre limite à l'efficacité du texte du CIRDI réside dans le fait qu'il permet aux États d'invoquer leur immunité d'exécution⁸³⁴. Cette disposition fait référence à l'immunité d'exécution dont peut se prévaloir un État. Cette situation constitue un facteur de blocage des procédures d'exécution forcées des sentences arbitrales du CIRDI.

⁸³²L'article 54 (1) du CIRDI dispose que « *Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État* ».

⁸³³ L'article 54 (2) du CIRDI dispose que « *Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général du tribunal national compétent ou toute autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet* ».

⁸³⁴L'article 54 (3) du CIRDI dispose que « *L'exécution est régie par la législations concernant l'exécution des jugements en vigueur sur le territoire duquel on cherche à y répondre* ».

S'agissant du RA. CCJA, il renferme des règles toutes aussi originales. En sa qualité de centre d'arbitrage, la CCJA administre la procédure arbitrale. Ensuite, dans sa formation juridictionnelle, elle, seule, est compétente pour accorder l'exequatur à la sentence rendue sous son égide. L'exequatur est accordé aux termes d'un contrôle, notamment à l'ordre public international tel que prévu à l'article 30.6 du Règlement précité⁸³⁵. Mais l'exécution forcée trouve sa limite dans l'article 30 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation des procédures et voies d'exécution qui dispose que : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». En d'autres termes, l'exécution forcée ne s'applique pas aux personnes publiques. La CCJA a confirmé ce principe dans un arrêt du 7 juillet 2005⁸³⁶. Cette hypothèse constitue l'une des faiblesses du système OHADA.

Le système de la CCJA a unifié la procédure, en ce sens que l'exequatur est accordé exclusivement par le Président de la Cour, ou le Juge qu'il délègue à cet effet⁸³⁷.

Par ailleurs, l'exequatur accordé a un caractère communautaire, c'est-à-dire qu'il rend la sentence exécutoire dans l'ensemble des États de l'espace OHADA⁸³⁸. Il s'agit d'une innovation importante, qui a le mérite de conférer à l'arbitrage CCJA un avantage exclusif par rapport aux formules proposées jusqu'ici par les institutions arbitrales. Cette disposition est également affirmée à l'article 25 du Traité OHADA qui dispose que « *Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État -Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État* ».

Enfin, l'exécution forcée est prévue par l'AUA qui constitue le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Son article 30 dispose que « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'État -partie* » dans lequel l'exécution est poursuivie. Le juge doit, toutefois, refuser l'exequatur si la sentence est «

⁸³⁵ L'article 30.6 dispose que « *L'exequatur ne peut être refusé et l'opposition à exequatur n'est ouverte que dans les cas suivants : 1. si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; 2. si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 3. lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ; 4. si la sentence est contraire à l'ordre public international* ».

⁸³⁶ Arrêt n°43/2005 du 7 juillet 2005, Recueil Penant- Revue Trimestrielle de Droit Africain 2007, n°860, p.305 et s. obs. F. M. Sawadogo.

⁸³⁷ L'article 30.2 in fine dispose que « *L'exequatur est accordé par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet....* ».

⁸³⁸ L'article 30.2 in fine dispose que « *et confère à la sentence un caractère exécutoire dans tous les États- parties* ».

manifestement contraire à une règle d'ordre public international des États ». La notion d'ordre public international n'est pas appréhendée de la même manière dans le RA.CCJA et dans l'AUA. A notre avis, l'ordre public international visé par le RA.CCJA correspond à l'ordre public international processuel tandis que l'AUA vise l'ordre public international substantiel (fond).

Il convient de rappeler que l'AUA ne s'applique pas à l'arbitrage CCJA. L'arbitrage CCJA relève du RA.CCJA et du Traité OHADA. C'est ce que vient de rappeler l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la CCJA, le 15 octobre 2015 en énonçant que l'arbitrage régi par l'AUA doit être distingué de celui organisé sous l'égide du RA.CCJA et qu'ils ont un régime différent⁸³⁹.

Ainsi un requérant ne peut soulever des moyens sur le fondement de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage pour contester une sentence rendue sous l'égide du RA.CCJA.

B- Le recours contre la sentence

Contrairement à l'AUA qui attribue compétence aux juridictions étatiques du lieu du siège de l'arbitrage pour examiner des recours en annulation contre les sentences arbitrales⁸⁴⁰, les systèmes d'arbitrage du CIRDI et de la CCJA ont aménagé des voies de recours propres.

En premier lieu, les recours dont il est question concernent l'interprétation⁸⁴¹, la révision⁸⁴², l'annulation⁸⁴³ de la Convention du CIRDI. L'un des recours le plus important, au regard de l'impact qu'il peut avoir sur la sentence arbitrale CIRDI est le recours en annulation car le CIRDI a mis sur pied pour examiner toute demande d'annulation, un comité ad hoc, de trois membres choisis sur la liste des arbitres.

⁸³⁹ CCJA, Assemblée Plénière, arrêt n°102/2015 du 15/10/2015, requête en contestation de la validité de la sentence arbitrale n°059/2014PC du 27/03/2014.

⁸⁴⁰ L'article 25alinéa 2 dispose qu' « elle peut faire l'objet d'un recours en annulation, qui doit être porté devant le juge compétent dans l'État -partie ».

⁸⁴¹ L'article 50 (1) du CIRDI dispose que « Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au Secrétaire Général par l'une ou l'autre des parties ».

⁸⁴² L'article 51 (1) dispose que « chacune des parties peut, par écrit, au Secrétaire Général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, à l'ignorer ».

⁸⁴³ L'article 52 (1) du CIRDI dispose que « chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : a) vice dans la constitution du Tribunal ; b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; c) corruption d'un membre du Tribunal ; d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; e) défaut de motif ».

A cet égard, l'article 53(1) du CIRDI dispose que « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut faire l'objet d'appel ou autre recours à l'exception de ceux prévus par la Convention* ». Le CIRDI a donc l'exclusivité de l'examen des recours susceptibles d'être introduits à l'encontre des sentences arbitrales rendues sous son égide.

Il convient de relever que le recours en annulation, en général, exclue la possibilité de réexaminer la sentence au fond. Il consiste à vérifier si le ou les griefs invoqués à l'égard de la sentence sont justifiés ou non. Dans le cadre du recours en annulation du CIRDI, les comités ad hoc devraient essentiellement vérifier la régularité de celle-ci sur la base des motifs en annulation énumérés à l'article 52 précité de la Convention CIRDI.

Il résulte de ce qui précède que l'examen par le CIRDI lui-même des recours contre les sentences rendues sous son égide contribue à sa notoriété actuelle et à l'efficacité de son système d'arbitrage.

En second lieu, le RA. CCJA détaille et complète les dispositions du Traité OHADA en la matière. Il organise des recours propres contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA.

Les parties insatisfaites d'une sentence disposent de deux types de recours :

- soit dès le prononcé de la sentence, par le dépôt d'une requête en contestation de validité de celle-ci. Le succès de cette procédure entraîne l'annulation de la sentence⁸⁴⁴.
- soit en formant opposition à l'ordonnance ayant accordé l'exequatur mais dans ce cas, le succès de l'opposition n'entraîne pas l'annulation de la sentence qui ne peut alors pas être exécutée dans l'espace OHADA.

A cet égard, il est intéressant de relever que le Traité ne prévoit pas la possibilité de recours en annulation mais uniquement l'hypothèse du refus d'exequatur, ce qui explique peut être la terminologie ambiguë de l'article 29 du RA. CCJA régissant l'action « *en contestation de validité* » à laquelle d'ailleurs les parties peuvent renoncer dans la convention d'arbitrage⁸⁴⁵.

L'opposition à la sentence ne peut être fondée que sur quatre motifs limitativement énumérés aux articles 25, alinéa 3 du Traité OHADA et 30.6 du RA. CCJA à savoir :

1. l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
2. l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée;

⁸⁴⁴O. Cuperlier, « *Modernité et spécificité de l'arbitrage OHADA* », ohadata D-13-64.

⁸⁴⁵ L'article 29.2 du RA. CCJA dispose que « *cette contestation de la validité de la sentence n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé* ».

3. le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté;

4. la sentence est contraire à l'ordre public international.

De ce qui précède, les arbitrages CIRDI et CCJA ont acquis une notoriété sur l'échiquier de l'arbitrage international.

SECTION III LES SOLUTIONS PRÉVUES PAR LES TRAITES UEMOA ET OHADA

Les traités UEMOA et OHADA ont adopté des instruments juridiques afin de lutter contre l'insécurité juridique et judiciaire et d'attirer les investisseurs dans leur espace respectif. Toutefois, cette œuvre pourrait être compromise du fait que l'UEMOA et l'OHADA partagent un domaine concurrent très vaste. Cette interférence rend possible un risque de concurrence entre les deux organisations, comme nous l'avons vu précédemment avec le règlement UEMOA relatif aux systèmes de paiement et l'AUDCG relatif aux effets de commerce ainsi qu'en matière de droit des investissements. Pour répondre à cette inquiétude, les rédacteurs des deux traités ont affirmé dans leur préambule le respect des objectifs prévus par les autres traités africains⁸⁴⁶.

Nous analyserons successivement les solutions préventives préconisées par l'UEMOA et par l'OHADA (**paragraphe I**) avant d'analyser les solutions complexes (**paragraphe II**).

Paragraphe I Les solutions prévues par l'UEMOA et l'OHADA

Nous analyserons successivement les solutions préventives prévues par l'UEMOA (**I**) puis celles prévues par l'OHADA (**II**).

I Les solutions préventives prévues par le traité UEMOA

Les traités OHADA et UEMOA, afin de limiter les risques de conflit, doivent collaborer⁸⁴⁷ voire se concerter dans l'élaboration et l'application des règles juridiques communautaires et uniformisées. Cette concertation a pour objectif d'éviter les doubles emplois (**B**) et les incompatibilités (**A**).

A La concertation en vue d'éliminer les incompatibilités

La particularité du traité UEMOA est de partager avec l'OHADA les mêmes champs d'application *ratione materiae* et *spatial*. Cette situation fait apparaître un risque de conflit ou de concurrence entre les deux normes. Elle pourrait entraîner un risque de paralysie si on n'y prête pas attention.

Pour éviter tout risque de conflit avec les normes postérieures ou antérieures, les rédacteurs du traité

⁸⁴⁶ A. Yaya Sarr, « *L'intégration juridique dans l'UEMOA et dans l'OHADA* », PUAM, 2008, spéc.p.539.

⁸⁴⁷ Op. cit note n° 846, spéc. p. 246. Nous avons construit notre argumentation sur la méthode adoptée par cet auteur tout en émettant des critiques.

UEMOA ont adopté dès son préambule le respect des objectifs prévus par les autres organisations d'intégration africaines en y instaurant un mécanisme de concertation (1) et une obligation tacite de loyauté dans la négociation (2).

1. L'obligation de concertation

L'obligation de concertation est issue de diverses dispositions du traité UEMOA et plus particulièrement de l'article 14 dudit traité.

En effet, le traité UEMOA prévoit que dès son entrée en vigueur « *Les États membres se concertent au sein du Conseil des ministres afin de prendre toute mesure destinée à éliminer les incompatibilités ou les doubles emplois entre le droit et les compétences de l'Union d'une part, et, d'autre part, celles instituant les organisations économiques internationales spécialisées* »⁸⁴⁸. Cette disposition oblige les États membres de l'UEMOA à mettre leurs engagements internationaux en conformité avec les objectifs des autres organisations d'intégration économique auxquelles ils ont adhéré. Elle invite les législateurs communautaires UEMOA et nationaux à se concerter afin de résoudre les incompatibilités ou contradictions issues des engagements antérieurs des États membres afin de ne pas affecter le traité communautaire intervenu postérieurement⁸⁴⁹.

Toutefois, il convient de relever qu'on ne trouve dans l'article 14 du traité UEMOA, nul principe de solution, nulle précision sur le rapport entre le traité UEMOA et les autres traités d'intégration économique telle que l'OHADA.

La disposition de l'article 14, à notre avis, émet la simple nécessité pour les États membres de l'UEMOA de lever les incompatibilités. En inscrivant le principe « *lever les incompatibilités* » dans le traité UEMOA, ses rédacteurs ont voulu nous renvoyer à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, sur lequel, nous reviendrons infra.

Néanmoins, il convient de préciser que l'article 14 du traité UEMOA met à la charge du Conseil des Ministres, organe législatif de l'UEMOA, une obligation de concertation afin de résoudre les incompatibilités ou contradictions issues des engagements antérieurs des États membres.

Ce principe de concertation doit ou devra être étendu aux hautes juridictions supranationales des deux organisations afin d'attirer l'attention des législateurs communautaires sur le danger d'interférence des législations.

Le Traité UEMOA, à l'instar des principes généraux de droit ou des principes d'Unidroit, instaure

⁸⁴⁸ Article 14 du Traité UEMOA.

⁸⁴⁹ Op cit, note n°846, spécifié.539.

une obligation de loyauté qui découle tacitement de son article 7 afin de prévenir les conflits de conventions.

2. L'obligation de loyauté de se concerter

Certaines dispositions du traité UEMOA permettent de prévenir les incompatibilités entre l'UEMOA et d'autres traités. Il en est ainsi de l'article 7 qui dispose que « *Les États membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toute mesure générale ou particulière, propre à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du présent traité et des actes pris pour son application* »⁸⁵⁰.

En outre, le traité UEMOA met une obligation de concertation à la charge des États. Il en est ainsi des articles 14 et 7 du traité UEMOA qui mettent une obligation de concertation voir de loyauté à la charge des États membres. Cette obligation de concertation exclut la possibilité pour les États membres de conclure de nouveaux traités incompatibles avec le droit UEMOA, de manière générale.

Le principe de loyauté découle également du principe « *Pacta Sunt Servanda* » qui signifie que chaque État doit respecter ses propres engagements. Ce principe a été consacré par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

Dans le même ordre d'idées, l'article 2 de la Charte des Nations Unies ainsi que la jurisprudence internationale imposent aux États une obligation de loyauté, de respect de la parole donnée⁸⁵¹. Ainsi, un État qui signe un traité ne doit pas par son comportement, le « *priver de son objet et de son but avant son entrée en vigueur* »⁸⁵².

Enfin, la disposition de l'article 60 du traité UEMOA⁸⁵³ incite les États membres à tenir compte des

⁸⁵⁰Article 7 du traité UEMOA.

⁸⁵¹ L'article 2.2 de la Charte des Nations Unies dispose que « *Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte* ».

⁸⁵²L'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 dispose « *Un État doit s'abstenir des actes qui priveraient un traité de son but :a) Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou b) Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée* ».

⁸⁵³L'article 60 du traité UEMOA dispose que « (...) dans l'exercice de ses fonctions, la Conférence tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des États de la région dans le cadre d'organismes

réalisations faites par d'autres organisations en matière d'harmonisation⁸⁵⁴ telle que l'OHADA.

Ainsi, l'ensemble des dispositions des articles 14, 7 et 60 de l'UEMOA instaurent une concertation au sein du Conseil des Ministres en vue de prévenir et d'éliminer les incompatibilités ou les double emplois entre le droit UEMOA et le droit OHADA.

B La concertation en vue de prévenir les doubles emplois des normes concurrentes

L'application distributive des textes issus de l'UEMOA et de l'OHADA est source d'incertitude et d'insécurité juridiques et judiciaires pour les opérateurs du commerce international. Afin de lever ces incertitudes, nous proposons d'instituer un dialogue entre les législateurs des deux organisations d'une part (1), et d'autre part entre les juridictions supranationales (2).

1. Le dialogue entre les législateurs UEMOA et OHADA

Ce dialogue consiste à se tenir informé de l'évolution législative dans chacune des organisations par ce qu'elles concernent le même champ *ratione materiae* et *ratione temporis*.

En effet, le champ *ratione materiae* concerne toutes les activités économiques. Ainsi, le droit UEMOA s'intéresse au droit de la concurrence, au droit des investissements. De son côté, le droit OHADA de manière générale s'intéresse aussi aux activités économiques au premier rang desquelles se trouvent la vente commerciale, le droit des procédures collectives, le droit des sociétés commerciales etc.

Comme nous l'avons démontré supra, le droit des investissements se confond avec l'AUDCG dans la mesure où les obligations des commerçants sont régies par l'AUDCG.

Afin éviter un éventuel conflit ou une concurrence, il serait d'une bonne politique législative d'instaurer un dialogue entre les législateurs des deux ordres juridiques.

poursuivant les mêmes objectifs que l'Union ».

⁸⁵⁴Op. cit, note n°846, spéc.p.540.

2. Le dialogue entre les juridictions supranationales

Si les rapports entre les juridictions supranationales et nationales reposent sur le principe hiérarchique et de coopération entre elles; tel ne semble pas être le chemin emprunté par les deux juridictions des deux espaces intégrés à savoir la CCJA et la Cour de justice de l'UEMOA.

Il n'existe ni hiérarchie, ni passerelles entre les hautes juridictions communautaires. C'est pourquoi, un auteur a pu écrire « *cette figure d'horizontalité assise sur le principe de différenciation des ordres juridiques communautaires, empêche que l'une des deux juridictions puisse saisir l'autre par la technique du renvoi préjudiciel, et a fortiori qu'un arrêt de justice rendu par une instance communautaire, même inférieure, puisse faire l'objet d'un recours devant une autre institution juridictionnelle relevant d'un ordre voisin* »⁸⁵⁵. A cet égard, la Cour de justice de l'UEMOA, saisie à propos du projet de code communautaire des investissements UEMOA, a émis, le 02 février 2000, un avis expliquant, d'une part, que la CCJA ne peut saisir la Cour de justice de l'UEMOA en renvoi préjudiciel, parce qu'elle n'est pas une juridiction nationale et, d'autre part, que l'interprétation par la Cour de justice de l'UEMOA des Actes uniformes de l'OHADA porterait atteinte à « *l'exclusivité de la CCJA dans l'interprétation et l'application des Actes uniformes* »⁸⁵⁶.

En termes de rapports de systèmes, en se référant à la méthode de Kelsen, il est clair que l'UEMOA, n'étant pas partie à l'OHADA, la Cour de justice de l'UEMOA n'est pas tenue en vertu du droit international des traités de se soumettre aux obligations inscrites dans le Traité OHADA et ses Actes uniformes. A cet égard, la thèse développée par une doctrine autorisée, selon laquelle, la CCJA peut poser des questions préjudicielles à la CJ. UEMOA n'a pas été retenue par l'avis ci-dessus rendu par la CJ UEMOA⁸⁵⁷.

Cette situation est préoccupante. La CCJA ne s'est pas encore prononcée sur cette possibilité de poser des questions préjudicielles à la CJ. UEMOA.

⁸⁵⁵Cette phrase est rapportée par Monsieur Narcisse AKA dans son article « *La problématique des processus d'intégration judiciaire dans l'espace OHADA* » lors du premier symposium sur l'intégration africaine tenue à Abidjan les 4 et 5 juillet 2008 à l'Institut Goethe.

⁸⁵⁶ Avis n°0001 CJUEMOA, 2 févr.2000.

⁸⁵⁷P. Meyer, Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO (communication au Colloque organisé par l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie (AIF), en collaboration avec l'UEMOA, sur « *La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA* », Ouagadougou, 6-10 octobre 2003), Paris, Ed. Giraf, 2004.

En dépit des incertitudes qui, comme on vient de le voir, caractérisent les relations entre les systèmes normatifs UEMOA et OHADA, il sera inévitable que les intersections entre les deux ordres conduiront les juridictions chargées de dire le droit dans chacun de ces ordres à une reconnaissance mutuelle de leur logique respective.

Une première approche permettra de mettre en évidence le jeu croisé des influences entre les pratiques des deux Cours.

D'une part, la CCJA va s'inspirer de la jurisprudence de la CJ. UEMOA en matière de droit économique, surtout de la concurrence et du droit des investissements.

D'autre part et inversement, la CJ. UEMOA tiendra compte de la jurisprudence de la CCJA en matières contractuelles de manière générale et plus précisément des droits et obligations des parties. Ainsi, la circulation des raisonnements juridiques va s'opérer dans les deux sens. Dans ces conditions « *l'impératif du dialogue comme vecteur d'une conscience judiciaire communautaire* » s'impose.

II Les solutions prévues par le Traité OHADA

Les rédacteurs du Traité OHADA, à l'instar de leurs prédécesseurs des conventions internationales, ont prévu des dispositions permettant de résoudre ou de prévenir les risques de conflit avec les autres organisations sous régionales d'intégration eu égard à leur foisonnement sur le continent d'une part et, à leurs domaines d'application matérielle et spatiale, d'autre part. Ils ont prévu des mécanismes empruntés à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (A) et des solutions propres qui, nous démontrerons ci-après, sont complexes à mettre en œuvre (B).

A Des solutions s'inscrivant dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969

Monsieur MAJOROS écrivait dans son œuvre magistrale consacrée au conflit de conventions que « *tenter d'élaborer une théorie générale des conflits de conventions revient à se demander à quelle règle de conflit de conventions rattacher la matière de droit privé faisant l'objet dudit conflit* »⁸⁵⁸. Ces propos s'inscrivent dans le droit contemporain des conflits de conventions.

La profusion de conventions internationales contradictoires ou complémentaires en Afrique impose la nécessité d'élaborer une théorie générale de solutions des conflits de conventions en droit privé.

⁸⁵⁸B. Dutoit et F. Majoros, « *Les lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles* », R.C.D.I.P., 1984, spéc.p.569.

Toutefois, c'est dans les conventions internationales elles-mêmes qu'il faudra chercher d'abord une solution éventuelle aux conflits de conventions⁸⁵⁹. A cet égard, le Traité OHADA, prévoit la modification des Actes uniformes et la révision du Traité OHADA lui même dès lors qu'ils entrent en conflit avec un autre traité. Mais cette solution est difficile à mettre en œuvre pour les raisons ci-après développées.

B Des solutions difficiles à mettre en œuvre

Il convient d'examiner les conditions de modification des Actes uniformes (1) puis des conditions de révision du Traité OHADA (2).

1. Les conditions de modification des Actes uniformes OHADA

Le cinquième point du préambule du Traité OHADA modifié met l'accent sur la sécurité juridique afin de favoriser l'essor des activités économiques⁸⁶⁰ dans l'espace du même nom.

A cet égard, l'impératif de sécurité juridique implique non seulement l'application du droit uniformisé dans l'ordre interne des États membres mais aussi exige la diligence dans son application en cas d'interférence dans le champ d'application d'autres conventions.

Cette diligence d'application ne peut être mise en œuvre par le juge que si les rédacteurs des Actes uniformes déterminent avec précision leur champ d'application *ratione materiae* et spatial. Les Actes uniformes ainsi que le RA.CCJA précisent plus ou moins leur champ d'application *ratione temporis* : le litige doit avoir un rapport avec l'espace OHADA.

Même lorsque le champ d'application est précis, il appartient au juge de faire preuve de diligence dans l'application des textes afin d'éviter tout conflit avec les autres normes internationales ou communautaires et internes.

Afin d'éviter tout conflit avec d'autres traités, les rédacteurs du Traité OHADA ont prévu à l'article 12 dudit traité, la possibilité de modifier les Actes uniformes. Pour une partie de la doctrine⁸⁶¹, cet article 12⁸⁶² permet, en cas de conflit d'un Acte uniforme avec les dispositions d'un autre traité,

⁸⁵⁹Voir dans le même sens, P. Lagarde dans sa recension de l'ouvrage de F. Majoros, « *Les conventions internationales en matière de droit privé* », t.II..., R.C.D.I.P, 1982, p.233.

⁸⁶⁰ Le Préambule Traité OHADA dispose que : « *Les Hautes parties contractantes au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* ».

⁸⁶¹Op.cit, note n°846 spéc. p.543.

⁸⁶²Article 12, alinéa 1 du Traité OHADA, modifié, le 17 Octobre 2008 à Québec, dispose que « *Les Actes uniformes*

comme l'UEMOA, de procéder à sa modification afin de ne pas entamer le principe de sécurité juridique.

Si l'objectif est salubre, a contrario, il peut remettre en cause l'efficacité du droit OHADA. En effet, il suffirait qu'une organisation sous-régionale de l'espace OHADA adopte un nouveau texte qui recoupe son domaine pour qu'une partie du droit OHADA soit modifiée.

L'uniformisation du droit OHADA se trouverait ainsi gravement compromise.

2. Les conditions de révision du Traité OHADA

Les rédacteurs de l'AUDCG ont prévu, outre les conditions de modification, mais aussi des conditions de révision pour éviter tout risque de conflit avec les autres conventions d'intégration économique.

Toutefois, les conditions nécessaires à la révision sont complexes. En effet, l'article 61 du même traité dispose que « *Le présent traité peut être amendé ou révisé si un État partie envoie à cet effet, une demande écrite au Secrétariat Permanent de l'OHADA, l'amendement ou la révision doit être adopté dans les mêmes formes que le traité* »⁸⁶³. Ces conditions sont la majorité des 2/3 ou la majorité absolue selon les cas. Cet article confère aux États membres des possibilités afin de remédier aux dysfonctionnements entre le Traité OHADA et un autre traité ayant les mêmes champs d'application matérielle que lui. Ainsi, tout État, en respectant la procédure prévue aux articles 6⁸⁶⁴, 7⁸⁶⁵, 8⁸⁶⁶, et 9⁸⁶⁷ du Traité OHADA, peut faire une demande au Secrétariat Permanent afin d'obtenir la révision ou l'amendement, ce qui permettrait de prévenir ou d'éviter les conflits.

peuvent être modifiés, à la demande de tout État Partie ou du Secrétariat Permanent, après autorisation du Conseil des Ministres ».

⁸⁶³Article 61 du Traité révisé de l'OHADA.

⁸⁶⁴L'article 6 du Traité OHADA dispose que : « *Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des États Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* ».

⁸⁶⁵L'article 7 du Traité OHADA modifié dispose que : « *Les projets d'Actes uniformes sont communiqués par le Secrétariat Permanent aux Gouvernements des États parties, qui disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la réception de cette communication pour faire parvenir au Secrétariat Permanent leurs observations écrites. Toutefois, le délai prévu à l'alinéa premier peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent. A l'expiration de ce délai, le projet d'Acte uniforme, accompagné des observations des États parties et d'un rapport du Secrétariat Permanent, est immédiatement transmis pour avis par ce dernier à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La Cour donne son avis dans un délai de soixante jours à compter de la date de la réception de la demande de consultation. A l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat Permanent met au point le texte définitif du projet d'Acte uniforme, dont il propose*

Le principal reproche que l'on peut faire à cette disposition est qu'elle remet en cause l'efficacité du droit OHADA et compromet gravement l'uniformisation du droit conventionnel.

A l'analyse des dispositions consacrées aux modifications et révisions du Traité OHADA, nous nous rendons compte qu'elles ne sont pas simples qu'il y parait.

Paragraphe II Des solutions complexes

La multiplication des domaines d'interférence entre l'UEMOA et l'OHADA nécessite de dégager des solutions abstraites de conflit de conventions permettant aux juges de surmonter leur opposition **(II)**. Mais, il s'agit de dégager d'abord les règles de la matière spéciale entre le Règlement UEMOA relatif au code des investissements et l'AUDCG **(I)** et enfin d'envisager l'application distributive des normes par les juridictions nationales **(III)** mais dont il est impossible de mettre en œuvre **(IV)**.

I La règle de la matière spéciale

Héritée des travaux du Pr. Ferenc Majoros⁸⁶⁸, la règle de la matière spéciale précise qu'il convient de retenir parmi les dispositions conventionnelles en conflit, celle qui régit plus spécifiquement la matière.

La disposition plus spéciale a été définie par cet auteur comme étant la norme « *qui est nettement calquée sur la matière de la contestation ou qui accuse en tout cas un lien plus interne avec celle-ci* »⁸⁶⁹. Concrètement, il convient de déterminer quelle est la convention spéciale et quelle est la plus générale entre l'AUDCG, qui définit les actes de commerce et le Règlement UEMOA instituant les instruments de paiement et de crédit.

Ces deux textes apparaissent en concurrence sans s'exclure l'une l'autre. En effet, il existe une

l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres ».

⁸⁶⁶ L'article 8 du Traité OHADA dispose que « *L'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des États Parties présents et votants. L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des États Parties sont représentés. L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes* ».

⁸⁶⁷ L'article 9 du Traité OHADA révisé dispose : « *Les Actes uniformes sont publiés au Journal officiel de l'OHADA par le Secrétariat Permanent dans les soixante jours suivant leur adoption. Ils sont applicables quatre-vingt dix jours après cette publication, sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par les actes uniformes* ». Ils sont également publiés dans les États parties, au Journal officiel ou par tout autre moyen approprié. Cette formalité n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur des Actes uniformes ».

⁸⁶⁸ F. Majoros, « *les conventions internationales en matière de droit privé, Abrégé théorique et pratique* », A. Pedone, 1980.

⁸⁶⁹ Op cit, note n° 868.

addition de fors sur la compétence judiciaire (le droit UEMOA s'applique lorsque les deux parties ont ratifié le Traité ou lorsqu'elles résident sur le territoire de deux États signataires, une telle clause étant, par ailleurs, valable en droit OHADA).

Ainsi, on aboutit à une démarche conflictuelle pour déterminer la convention applicable. En effet, quand deux conventions de droit privé ont cumulativement vocation à régir une question de droit privé, surgit un conflit de lois que le droit international privé a pour objet de résoudre en désignant par l'intermédiaire d'une règle de conflit la loi applicable.

Les deux traités en présence se complètent plus qu'ils ne s'opposent. La solution consistera dans le respect de tous les fors prévus par les deux conventions. Ainsi, le point de savoir lequel est spécial et lequel est général perd toute importance.

Toutefois, la règle de la matière spéciale est une règle *ratione materiae* et non pas *ratione loci*. Ainsi, les dispositions du Règlement UEMOA instituant les instruments de paiement et crédit contiennent une réglementation spécifique par opposition à l'AUDCG OHADA dont quelques dispositions traitent des actes de commerce.

Il convient ainsi dans ce cas que la préférence soit donnée au Règlement UEMOA relatif aux instruments de crédit et de paiement à travers la règle de l'efficacité maximale.

Après avoir exposé la règle de l'efficacité maximale, il convient d'examiner la solution aux conflits de conventions à travers la méthode des conflits de lois.

II Les critères de rattachement pour désigner la convention applicable

Le droit international privé est « *un droit du rattachement* »⁸⁷⁰. Les règles de conflit s'analysent en des règles de rattachement dans la mesure où elles ont pour objet de localiser, c'est à dire de rattacher une situation précise à un ordre juridique avec lequel celle-ci présente « *objectivement les liens les plus significatifs* »⁸⁷¹.

A cet égard, si le juge doit résoudre un conflit de type droits et obligations des vendeurs, il doit appliquer la loi désignée par l'élément qui localise l'obligation.

Monsieur MAJOROS a mis en œuvre cette théorie afin de formuler des « *règles de conflit de conventions* ». Ainsi pour l'auteur, « *Les différentes matières réglementées par des espèces de traités distinctes sont rattachées, à tour de rôle, à des critères qui semblent être suffisamment marquants et*

⁸⁷⁰ Op. note n°864

⁸⁷¹ P. Mayer, « *Droit international privé* », 10^e éd. Montchrestien – Lextenso, éditions, nov. 2010.

justes pour présider au choix entre plusieurs dispositions conventionnelles concurrentes »⁸⁷².

Nous pouvons donc mettre en œuvre la notion de « *critère de rattachement* » pour déterminer, en présence d'un conflit entre dispositions conventionnelles UEMOA et AUDCG, laquelle de ces normes doit avoir la préférence. Pour dégager des critères de rattachement, Monsieur MAJOROS a effectué un examen qui vise à prendre en considération la finalité inhérente à chaque matière réglementée par une convention internationale en droit privé.

III Application distributive des normes uniformes et communautaires par le juge national

Un conflit de normes devant le juge national suppose qu'un litige pendant devant lui requière pour sa solution l'application de règles communautaires produites par différentes institutions d'intégration (OHADA, UEMOA). Pour qu'un tel conflit soit possible, il faut supposer l'effet direct de ces règles. En effet, les Actes uniformes OHADA et les règlements UEMOA sont directement applicables dans le droit interne des États membres.

Le juge national, juge de droit commun se trouverait ainsi en face de deux textes d'origine communautaire ou supranationale qui ont vocation chacun à s'appliquer au litige.

Deux situations différentes doivent cependant être distinguées⁸⁷³:

- la première situation envisage que les normes communautaires ou communes (uniformes) puissent être appliquées de manière distributive à la situation litigieuse⁸⁷⁴.
- la deuxième situation est celle d'un litige où les normes communautaires et communes ne peuvent être appliquées de manière distributive. En d'autres termes, elles revendiquent toutes deux leur application aux mêmes éléments du litige⁸⁷⁵. Le conflit devient inextricable lorsque ces normes apportent des solutions différentes aux questions qui sont posées pour la solution du litige.

La première situation envisage que les normes communautaires ou uniformes puissent être appliquées de manière distributive à la situation litigieuse. Tel sera le cas lorsque les normes communautaires et uniformes régissent chacune des éléments distincts du litige. De nombreux

⁸⁷²Op cit, note n° 871.

⁸⁷³ P. Meyer , « *Les conflits de juridiction dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO* », Communication présentée lors du séminaire régional de sensibilisation sur la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques au sein de l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA. (Ouagadougou du 6 au 10 octobre 2003), Revue de droit Uniforme, 2008, p.14.

⁸⁷⁴ Op cit, note n°873.

⁸⁷⁵Op cit, note n°873.

exemples, qui ne sont pas de simples cas d'école, peuvent servir d'illustration. Il en est ainsi de l'article 11 du projet de code communautaire des investissements qui fournit un exemple d'application nécessairement distributive des règles communautaires UEMOA et des règles uniformes OHADA. En effet, ledit article fixe les règles de production devant être observées par les entreprises d'origine étrangère ; en soumettant celles-ci à l'obligation de se conformer aux règles et normes exigées pour des produits identiques dans leur pays d'origine.

Cette interférence entre normes communautaire et uniformisée a fait dire à Monsieur BA que *« toutes les autres obligations qu'impose l'article 11 du code communautaire des investissements à l'investisseur-producteur ainsi que, d'une manière générale, toutes celles qui pourraient être exigées par l'UEMOA dans le cadre d'une politique de normalisation des produits et services sont susceptibles de (...) favoriser un conflit entre les deux juridictions »*⁸⁷⁶.

On peut supposer, par exemple, un contentieux relatif à la vente d'un produit fabriqué par un investisseur prenant la forme d'une vente commerciale où il est question de produits défectueux ou et la non délivrance du produit dans les délais. Les obligations de l'investisseur-producteur relèvent du droit communautaire primaire et dérivé de l'UEMOA alors que la question portant sur les produits défectueux et les délais de délivrance relèvent de l'AUDCG de l'OHADA.

Dans une telle situation, le juge national devrait-il appliquer concurremment les normes communautaires et uniformes? En cas de difficultés d'interprétation, le juge national doit respecter les règles de renvoi préjudiciel propres à chaque juridiction suprême communautaire⁸⁷⁷. Ce qui a fait dire au doyen Pierre Meyer, que chacune des juridictions pourrait être saisie, selon les procédures prévues par chacun des ordres juridiques concernés⁸⁷⁸, pour appliquer et (ou) interpréter les règles qu'elle a mission d'appliquer et /ou d'interpréter. Toutefois, l'on craint une incohérence dans l'application distributive des normes au litige.

Quant à Monsieur Ba, il pense que le juge national ne peut appliquer deux règles inconciliables ou contradictoires pour résoudre le litige dont il est saisi. Pour lui, la seule solution serait, pour le juge

⁸⁷⁶D. Ba, « *Le problème de la compatibilité U.E.M.O.A.-O.H.A.D.A.* ». Toujours selon le même auteur, on peut également envisager un litige relatif à des accords de distribution où il est prétendu des atteintes à la concurrence (droit communautaire - Traité, art. 88-90), le droit à une indemnité d'éviction et l'absence de clientèle propre ou de fonds de commerce (droit uniforme - Acte uniforme relatif au droit commercial général, Livre III : art. 69-136).

⁸⁷⁷Op. cit, note n°873.

⁸⁷⁸En effet, le traité UEMOA a institué la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation, tandis que le droit OHADA a institué de son côté le pourvoi en cassation, en faisant de la Cour Commune de justice et d'arbitrage, une juridiction suprême de cassation.

national, de recourir aux règles de droit international public portant sur les conflits de conventions⁸⁷⁹.

Une telle situation exige des réaménagements institutionnels qui permettraient d'établir un lien entre les juridictions communautaires. Il serait ainsi parfaitement possible d'organiser un renvoi préjudiciel ou consultatif entre juridictions suprêmes de manière à assurer une meilleure coordination dans l'interprétation et l'application des droits communautaire et uniforme.

IV Impossible application distributive des normes uniformes et communautaires par le juge national

Cette impossibilité résulte d'une situation où les normes communautaires (UEMOA) et uniformisées (OHADA) revendiquent toutes deux leur application aux mêmes éléments du litige. Le conflit devient difficile lorsque ces normes apportent des solutions inconciliables aux questions qui sont posées à l'interprète.

Un exemple de cette contrariété de solution résulte de la qualité des sociétés commerciales. Le droit UEMOA qualifie les sociétés commerciales investissant dans les États membres, d'investisseurs, alors qu'elles font des actes de commerce par nature dans l'AUDCG, par conséquent des commerçants. Ni les normes ni les organes juridictionnels ne prévoient de solutions à cette question.

Dans une telle circonstance, il convient d'établir une liaison entre la CJ UEMOA et la CCJA. Toutefois, par un avis du 2 février 2000 rendu à propos du projet de code communautaire des investissements, la CJ UEMOA a fait justement remarquer, d'une part, que la CCJA de l'OHADA « *ne peut saisir la Cour de justice de l'UEMOA en renvoi préjudiciel parce qu'elle n'est pas une juridiction nationale* » et, d'autre part, que l'interprétation par la CJ UEMOA des Actes uniformes de l'OHADA porterait atteinte à « *l'exclusivité de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA dans l'application et l'interprétation des actes uniformes...* »⁸⁸⁰.

Il en résulte qu'un tel renvoi préjudiciel ferait d'une des hautes juridictions, une juridiction de droit commun de l'autre (UEMOA ou CCJA de l'OHADA). En outre, il risquerait de compliquer la tâche des plaideurs, d'une part et, remettrait en cause l'architecture traditionnelle de l'ordonnancement juridictionnel propre à une organisation communautaire, d'autre part.

Nous ne pouvons pas nous accommoder de cet avis dans la mesure où il laisse subsister un vide juridique. Aussi, nous pensons que des réaménagements institutionnels permettraient d'établir un

⁸⁷⁹Op cit, note n°876.

⁸⁸⁰Avis 001, dossier 6-99, 2 février 2000 CJUE.

lien entre les juridictions communautaires et la CCJA. C'est ainsi qu'une doctrine a affirmé qu'il serait parfaitement possible d'organiser des consultations entre juridictions de manière à assurer une meilleure coordination dans l'interprétation et l'application des droits communautaires et uniformes⁸⁸¹.

Faute de trouver une solution dans les normes respectives des organisations sous-régionales, il conviendrait de se référer aux dispositions des deux traités ou de recourir aux règles de droit international public portant sur les conflits de conventions⁸⁸². En outre, une autre solution serait de privilégier un traitement préventif⁸⁸³ des conflits de normes. Dans ces conditions, il appartiendrait aux rédacteurs des organisations sous régionales ou régionales de tenir compte du champ d'application *ratione materiae* respectif de l'organisation qui l'a précédée afin d'éviter les chevauchements des champs de compétence matérielle. En conséquence, chacune des organisations veillerait, lorsqu'elle édicte des normes, à ce que celles-ci ne portent pas sur les mêmes matières que celles qui ont déjà fait l'objet de réglementations par une autre organisation d'intégration.

Le traité UEMOA a prévu une telle disposition. En effet, son article 60 alinéa 2, dispose que « (...) *la Conférence tient compte des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des États de la région, dans le cadre d'organismes poursuivant les mêmes objectifs que l'Union* ». Ceci implique que l'UEMOA, lorsqu'elle édicte des règlements ou des directives, doit tenir compte « *des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations* » des États membres. Or, tous les États de l'UEMOA sont membres de l'OHADA. Il en résulte que la CJ UEMOA pourrait, lorsqu'elle est saisie pour avis sur un projet de règlement, attirer l'attention du Conseil des ministres de l'UEMOA sur le risque de double emploi ou d'incompatibilité qu'un tel règlement pourrait engendrer⁸⁸⁴. En revanche, la situation est plus complexe au sein de l'OHADA, dans la mesure où plusieurs États membres ne sont pas membres de l'UEMOA.

En dépit des incertitudes qui, comme on vient de le voir, caractérisent les relations entre les systèmes normatifs UEMOA et OHADA, il sera inévitable que les intersections entre les deux

⁸⁸¹ Op cit, notes n°876.

⁸⁸² Op cit note n°332, p.176.

⁸⁸³ Op cit, note n° 873.

⁸⁸⁴ La Cour de justice de l'UEMOA a, dans l'avis rendu sur le projet de code communautaire des investissements, pris la mesure d'un tel risque. Elle relève en effet que « *la coexistence, dans le présent texte, de lois uniformes de l'OHADA et du droit communautaire de l'UEMOA va poser des problèmes de contrariétés de décisions, voire de base juridique (...)* » (Avis 001, dossier 6-99, 2 février 2000, Rev. Burk. Dr. 2000, p.127). Plus loin, la juridiction affirme « *la nécessité d'une concertation entre les deux organisations en vue de la coordination de leur politique normative et de leur juridiction respective (...)* ».

ordres conduiront les juridictions chargées de dire le droit dans chacun de ces ordres à une reconnaissance mutuelle de leur logique respective.

Une première approche permettra de mettre en évidence le jeu croisé des influences entre les pratiques des deux cours. D'une part, la CCJA va s'inspirer de la jurisprudence de la CJ UEMOA en matière de droit économique, surtout de la concurrence. D'autre part et inversement, la CJ UEMOA tiendra compte de la jurisprudence de la CCJA en matières contractuelles de manière générale et plus précisément des droits et obligations des parties. Ainsi, la circulation des raisonnements juridiques va s'opérer dans les deux sens.

Toutefois, avant de conclure avec optimisme à un rapprochement hypothétique des deux Cours, il convient de noter que ni la reconnaissance réciproque de leur statut et de leur fonction, ni la cohérence des méthodes d'interprétation, ne lèveront tous les risques inhérents à leur coexistence.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Notre objectif, dans ce chapitre, était de démontrer les points d'interférence et par conséquent les possibles conflits que pouvaient entretenir les deux droits matériels OHADA et UEMOA puis en proposer des solutions.

Il existe en effet plusieurs domaines d'interférence. Ils concernent aussi bien le droit substantiel que les institutions judiciaires chargées du règlement des différends en matière d'investissements ou de commerce international puisqu'ils ont tous les deux privilégié l'arbitrage comme mode de règlement de différends.

Sur le plan du droit substantiel, il existe plutôt une complémentarité qu'une concurrence ou un conflit entre ces deux droits matériels dans la mesure où le droit substantiel OHADA vient combler les lacunes du code des investissements UEMOA en matière de création de sociétés, de contrats etc. Il n'intervient donc qu'en aval. Le droit UEMOA quant à lui, tend à l'harmonisation des législations fiscales dans son espace afin d'offrir un cadre fiscal unique aux investisseurs. Il vient ainsi combler les lacunes du droit OHADA en matière d'investissements.

Le droit OHADA offre également en matière de financement des projets d'investissements des garanties aux investisseurs étrangers. Il est complété là également par le droit des instruments de crédit et de paiement de l'UEMOA.

Toutefois, le droit de l'entrée et du séjour est un préalable à l'investissement que ni le droit OHADA ni le droit UEMOA n'ont pu réglementer. Ce dernier relève de la compétence de certaines organisations internationales sous-régionales telle que la CEDEAO, qui a consacré le principe de la libre circulation des personnes et des biens, et de certains codes nationaux. Le droit des étrangers relève de la souveraineté des États. La CEDEAO et les droits nationaux viendraient utilement compléter les dispositions des droits matériels OHADA et UEMOA en matière d'investissements.

Cependant, l'éparpillement des sources matérielles de droit applicable rend l'investisseur plus circonspect et complique ses démarches dans l'espace OHADA.

Lorsque des cas de conflits de normes sont avérés, les législateurs UEMOA et OHADA se sont concertés afin d'éviter des double emplois. Tel a été le cas en matière de système comptable où l'OHADA a intégré le système comptable ouest africain (SYSCOA) dans son droit dérivé. En outre, l'OHADA s'est réservée de légiférer dans les matières spéciales régies par d'autres corps de règles : tel est le cas de la fiscalité (UEMOA) de l'assurance (CIMA).

Sur le plan du règlement judiciaire des différends, notre objectif n'était pas, comme nous l'avons

déjà souligné, de démontrer la supériorité du règlement d'arbitrage d'un centre par rapport à un autre. Nous avons tout simplement voulu démontrer que les deux règlements ont aménagé des règles qui correspondent aux standards internationaux en la matière, même s'il existe des spécificités qui les distinguent.

Nous ne pouvons que louer l'OHADA pour l'intérêt qu'il porte à l'arbitrage comme mode de règlement des conflits.

CONCLUSION DU TITRE I

Il s'est agit dans ce titre d'étudier les interférences entre le droit matériel UEMOA et celui de l'OHADA et d'en proposer des solutions.

De nombreux points d'interférence existent. Tel est le cas du droit des investissements UEMOA avec le droit OHADA. Il en est également de même entre le Règlement UEMOA des instruments de crédit et paiement et l'AUDCG.

Nos développements précédents ont montré qu'il y a une complémentarité entre l'UEMOA et l'OHADA. Là où le droit OHADA est lacunaire, il est complété par le droit UEMOA et inversement.

Même dans les domaines où les conflits sont possibles, les dispositions des deux traités ont prévu la concertation ou le dialogue entre les législateurs communautaires afin d'éviter les double emplois.

En l'absence de solutions préventives dans les dispositions conventionnelles, il est revenu à la technique des conflits de lois et les règles de spécialité de prendre le relais afin de déterminer le droit matériel applicable. D'où l'impérieuse nécessité de prévoir un droit matériel international relatif à la loi applicable.

TITRE II LE CONFLIT NE DE CONVENTIONS SUPRA REGIONALES

Les conflits de conventions en droit privé ne cessent d'augmenter. En effet, les conventions bilatérales ou multilatérales, ayant au moins partiellement, le même objet continuent d'éclore à un rythme accéléré⁸⁸⁵. A titre d'exemple, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, la Convention de New-York du 14 juin 1974 et le Protocole du 11 avril 1980 relatifs à la prescription, la Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises et l'AUDCG portent tous sur la vente de marchandises et des agents commerciaux. La coexistence de ces instruments peut être source de conflits. Même les Actes uniformes de l'OHADA sont porteurs de conflits potentiels de conventions puisqu'il s'agit d'Actes uniformes ouverts auxquels tout État peut adhérer, conformément aux dispositions du Traité OHADA.

L'AUDCG est à la fois un droit applicable au fond et un droit régissant la prescription (la prescription est souvent définie comme une règle de procédure déterminée par la *lex fori*). Il est également applicable à l'agence commerciale. A ce titre, il peut entrer en conflit avec les autres conventions de droit uniforme relatives à la prescription, à l'agence commerciale et à la vente internationale.

Enfin, l'AUDCG, pour ambitieux que soit son objet, ne règle pas, loin s'en faut, toutes les difficultés dont la vente commerciale peut être l'occasion.

Nous étudierons dans un premier temps la concurrence entre l'AUDCG et les conventions matérielles relatives à la prescription, puisque cette dernière fait partie intégrante du droit applicable au fond et non du droit processuel (**chapitre I**) avant d'envisager la concurrence entre l'AUDCG et la convention de Genève sur l'agence commerciale, cette convention de droit matériel contient des dispositions contraires à l'AUDCG (**chapitre II**).

⁸⁸⁵ B. Dutoit, « *Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles* », R.C.D.I.P, 1984, p.22 et s.

CHAPITRE I RISQUE DE CONFLITS OU DE CONCURRENCE ENTRE L'AUDCG ET LES CONVENTIONS DE DROIT MATERIEL SUR LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE VENTE DE MARCHANDISES

L'étude de la prescription en droit international privé conduit à projeter un double regard sur le temps et l'espace⁸⁸⁶. L'espace domestiqué par l'homme, réglementé par le conflit de lois⁸⁸⁷. Le temps sur lequel les opérateurs du commerce international n'ont pas de prise et dont l'écoulement inexorable leur est tour à tour cruel et réparateur⁸⁸⁸. La prescription extinctive éteint le droit du créancier contre son débiteur et libère ce dernier⁸⁸⁹. La prescription est le temps écoulé au terme duquel une situation juridique est consolidée. Elle fait perdre un droit, une chance, en raison de l'inaction pendant un temps précis de l'exercice de ce droit par son titulaire. Elle participe de la sécurité en matière contractuelle car toute action éventuelle qui peut surgir doit être encadrée dans le temps⁸⁹⁰.

Il est prévu, dans l'AUDCG un droit de la prescription⁸⁹¹. Elle est de nature extinctive. Elle comporte un régime général complet : point de départ, suspension, interruption, mise en œuvre. L'AUDCG a également prévu des dispositions particulières qui s'appliquent à la vente commerciale de marchandises⁸⁹². L'AUDCG soumet la prescription à la loi qui régit le droit qu'elle affecte⁸⁹³.

Selon que le litige oppose un commerçant et un non-commerçant ou des commerçants entre eux, les délais de prescription varient de deux ans⁸⁹⁴ à cinq ans⁸⁹⁵.

⁸⁸⁶ B. Fauvarque-Cosson, « *La prescription en droit international privé* », TCFDIP, année 2002-2004, Ed. Pedone, Paris, 2005, p.235.

⁸⁸⁷ Op cit, note n°886.

⁸⁸⁸ Op cit, note n°886.

⁸⁸⁹ Op cit, note n°886.

⁸⁹⁰ F. Chiffot Bourgeois, « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », JurisClasseur Droit international, Fasc.170-10, 12 déc. 2011.

⁸⁹¹ Les délais de prescription générale sont prévus au Livre I, Chap.IV et notamment aux articles 16 à 29 de l'AUDCG.

⁸⁹² D. Tricot, « *La prescription* », Droit & Patrimoine, n°201, mars 2011, p.70 et s. ; Voir également, F. Chiffot Bourgeois, « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », JurisClasseur Droit international, Fasc.170-10, 12 déc.2011. Ces dispositions sont prévues aux articles 301 et 302 de l'AUDCG.

⁸⁹³ L'article 16 in fine de l'AUDCG dispose que « (...) Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ».

⁸⁹⁴ L'article 301 de l'AUDCG dispose que « *La prescription des actions en matière de vente commerciale est soumise aux dispositions énoncées au chapitre IV du Livre I du présent Acte uniforme, sous réserve des dispositions suivantes. Le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans sauf dispositions contraires du présent Livre* ».

Lorsqu'on connaît l'effet radical de l'écoulement du délai (l'extinction de l'action, si ce n'est du droit lui-même) ainsi que le coût d'un litige international, on devine combien il est crucial, pour les parties, de savoir si le temps a déjà fait son œuvre. La question de la prescription en droit international privé présente donc une importante pratique considérable.

Dès lors, nous nous étonnons du manque d'intérêt doctrinal à l'égard de la prescription en droit OHADA à l'exception de deux articles, notamment ceux du Pr. Daniel Tricot⁸⁹⁶ et de Madame Frédérique Chiffot Bourgeois⁸⁹⁷.

En droit international privé, le sort de la prescription est encore moins enviable: sur les seize articles consacrés au sujet dans l'AUDCG, pas une seule règle de conflit ou du moins un seul article lui est consacré, l'article 16 de l'AUDCG.

Quand à la jurisprudence de la CCJA, elle est assez peu abondante.

L'AUDCG contient l'exposé du régime général de la prescription extinctive des obligations. A cet égard, la prescription constitue « *un élément de l'organisation du droit dont elle détermine le contenu et contribue à modeler la texture* »⁸⁹⁸. Tandis que les droits internes des États membres de l'OHADA sont embarrassés par le problème de la distinction entre les délais de prescription et les délais préfix⁸⁹⁹, l'AUDCG, les soumet à la même loi et au même délai.

Grâce à cette solution, le débat sur la prescription dans l'AUDCG s'est apaisé puisqu'il nous enseigne en même temps qu'elle se rattache au fond⁹⁰⁰, ce qui n'est pas le moindre paradoxe puisque la prescription est absorbée par « *l'action en justice* » de certains codes de procédure des États membres de l'OHADA. L'article 118 du code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali dispose que « *constitue une fin de non recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable sur sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de*

⁸⁹⁵L'article 16 de l'AUDCG dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

⁸⁹⁶Op. cit, note n°892.

⁸⁹⁷Op.cit, note n°890.

⁸⁹⁸R.Dayant « *Les problèmes actuels de conflits de lois en matière de prescription* », TCFDIP 1969-1971, p.176.

⁸⁹⁹L'article 254 du Régime général des obligations du Mali dispose que « *Sauf dispositions contraires de la loi, le délai de la prescription extinctive de droit commun est de vingt ans* » tandis que l'article 824 du code de procédure civile du Sénégal dispose que « *Les délais prévus par la loi pour la signification de tous actes ou exploits sont majorés d'un délai préfixe de 15 jours lorsque la signification est faite par un huissier « ad hoc »* ».

⁹⁰⁰ L'article 16, alinéa 2 de l'AUDCG dispose que la « *prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte* ».

qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai fixé, la chose jugée ».

Nous nous interrogeons alors sur le point de savoir si l'effet extinctif de la prescription affecte uniquement l'action en justice ou bien également le droit lui-même. Cette dichotomie résulte du fait que la plupart des États membres de l'OHADA incluent la prescription dans leur code de procédure civile comme un moyen de procédure⁹⁰¹.

Dès lors, il faut aller au-delà de l'analyse processualiste et examiner la méthode des règles matérielles internationales. Cette dernière présenterait de multiples avantages. Elle permettrait de déterminer avec précision tous les aspects de la prescription et d'épargner aux parties comme aux juges des recherches parfois plus délicates que prévues dans le système juridique étranger désigné en tant que loi du fond⁹⁰². Elle permettrait enfin d'éviter les aléas liés aux conflits de qualifications.

C'est en tenant compte du pluralisme des méthodes et des sources de droit qu'il convient d'examiner les difficultés d'application du fait de l'existence de conventions de droit matériel applicable (**Section I**) avant d'entreprendre l'étude de la loi applicable à la prescription (**Section II**).

⁹⁰¹ L'article 235 du code de procédure civile, économique et administrative de Guinée dispose que : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, le défaut de capacité, la forclusion, la prescription, le délai préfix et la chose jugée* ». Cet article reprend l'article 122 du CPC français.

⁹⁰² Si la durée du délai est facile à découvrir, les règles relatives à son point de départ, à sa suspension, à son interruption, à la vitalité des clauses portant sur la prescription le sont parfois beaucoup moins.

SECTION I LES CONVENTIONS MATÉRIELLES APPLICABLES A LA PRESCRIPTION

Les voies de l'harmonisation des règles matérielles relatives à la prescription sont multiples. Nous écarterons d'emblée celle des règles matérielles édictées progressivement par des milieux professionnels. Il reste alors la voie classique de conventions internationales.

Le plus souvent, les conventions internationales traitent la prescription comme un élément de l'organisation du contrat qu'elles régissent. Il en est ainsi, par exemple, dans le domaine des transports internationaux terrestres, aériens et maritimes, domaines où l'unification s'est très tôt révélée nécessaire⁹⁰³. Après l'échec du projet du Conseil de l'Europe portant sur les règles européennes relatives à la prescription extinctive en matière civile et commerciale⁹⁰⁴, la Convention de New-York du 14 juin 1974, élaborée sous l'égide des Nations Unies et ratifiée par certains États membres de l'OHADA comme la Guinée Conakry et le Bénin, traite exclusivement de la prescription dans le seul domaine de la vente internationale d'objets mobiliers corporels afin de promouvoir le commerce international en assurant plus de prévisibilité et de sécurité juridique⁹⁰⁵.

Parallèlement, les États africains membres de l'OHADA ont adopté l'AUDCG. Cette œuvre d'unification régionale a prévu un droit de la prescription. De nature extinctive, ce droit comporte un régime général et complet : point de départ, suspension, interruption, mise en œuvre⁹⁰⁶. Elle concerne également l'entrepreneur⁹⁰⁷. Des dispositions particulières s'appliquent à la vente

⁹⁰³ Op. cit, note n°873. Dans le domaine des conventions internationales, nous pouvons citer l'article 32 de la CMR qui fixe le délai de la prescription à un an, sauf en cas de dol ou de faute assimilée au dol où le délai de prescription est de 3 ans. La prescription peut être interrompue par une assignation ou par la reconnaissance du droit du réclamant (si le transporteur reconnaît sa responsabilité et propose de régler le litige).

⁹⁰⁴ CCJ (70) 24, Annexe III. Comp, Uniform Law Act qui permet aux juges de revenir à la lex fori lorsque le délai prévu par la lex causae est « *substantiellement différent* », c'est à dire beaucoup plus long ou plus court. Voir également, Béatrice Fauvarque-Cosson, « *La prescription en droit international privé* », TCFDIP, année 2002-2004, Ed. Pedone, Paris, 2005, p.235.

⁹⁰⁵ Si la notion de vente internationale n'y est pas définie, on ne peut toutefois relever que, comme l'AUDCG, cette convention l'assimile aux contrats de vente « *les contrats de fourniture d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande la chose n'ait à fournir une partie essentielle des éléments nécessaires à cette fabrication ou production* » (art.6 alinéa 2).

⁹⁰⁶ Op. cit, note n°886; Voir également, F. Chiffot Bourgeois, « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », JurisClasseur Droit international, Fasc.170-10, 12 déc.2011. Ces dispositions sont prévues aux articles 301 et 302 de l'AUDCG.

⁹⁰⁷ Aux termes de l'article 33, alinéa 2, « *le régime de la prescription prévu aux articles 17 à 29 du présent Acte uniforme s'applique à l'entrepreneur* ».

commerciale de marchandises⁹⁰⁸.

Le champ d'application du droit matériel AUDCG est prévu à son article 1er⁹⁰⁹ tandis que la prescription fait l'objet des articles 16 à 29 de manière générale puis 301 et 302 de l' AUDCG pour la vente commerciale OHADA. Le droit applicable au fond et le droit relatif à l'action sont ainsi contenus dans le même Acte uniforme.

Le champ d'application matériel de l'AUDCG et celui de ses prédécesseurs sont très proches. Dès lors, il convient de s'interroger sur la convention applicable en cas de litige entre deux contractants établis pour l'un dans un État qui a ratifié l'AUDCG et pour l'autre dans un État ayant ratifié la Convention de New-York du 14 juin 1974 ou le Protocole du 11 avril 1980.

Il conviendra d'exposer les champs d'application respectifs de la Convention de New-York du 14 juin 1974 et du Protocole du 11 avril 1980 relatifs à la prescription en matière de vente internationale de marchandises (**Paragraphe I**) puis celui de l'AUDCG dans ses dispositions relatives à la prescription extinctive (**Paragraphe II**) et avant d'analyser les dispositions susceptibles d'engendrer des conflits de conventions (**Paragraphe III**).

Paragraphe I Les champs d'application respectifs de la Convention de New-York du 14 juin 1974 et du Protocole de Vienne du 11 avril 1980

La vente est l'un des actes les plus importants de l'activité économique. Elle permet à toute personne de s'approvisionner auprès des producteurs, de fournisseurs, d'industriels ou d'intermédiaires du commerce, pour transmettre à ses clients, en nature ou après transformation⁹¹⁰. La vente est donc consubstantielle à l'activité économique.

Conscients de l'importance que la vente internationale revêt, les États se sont organisés en vue de mettre en place des règles matérielles uniformes applicables à la vente mais aussi à la prescription extinctive. On peut citer deux principales conventions : la convention de Vienne du 11 avril 1980 et la Convention de New-York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale. A celles-ci, il faut ajouter la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux

⁹⁰⁸ Les articles 301 et 302 sont relatifs à la prescription extinctive en matière de vente commerciale. Le délai de prescription y est plus court : il est de 2 ans.

⁹⁰⁹ Article 1er de la Convention de New-York de 1974 et le protocole modifiant la convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 « *la présente Convention détermine les conditions dans lesquelles les droits et actions réciproques d'un acheteur et d'un vendeur, issus d'un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels, ou concernant une contravention à ce contrat, sa résolution ou sa nullité, ne peuvent plus être exercés en raison de l'expiration d'un certain laps de temps. Ce laps de temps est désigné dans cette convention par l'expression "le délai de prescription" ».*

contrats de vente internationale de marchandises.

La Convention de Vienne, pour ambitieux que soit son objet, n'a pu régler toutes les difficultés dont la vente internationale peut être l'occasion. En effet, la prescription a été totalement omise par ses rédacteurs. Elle est donc considérée comme une lacune de la CVIM avant d'être réglementée par la Convention de New-York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (**I**) qui a été amendée par le Protocole du 11 avril 1980 (**II**).

I La Convention de New-York du 14 juin 1974 sur la prescription

Il s'agit d'abord d'étudier quels sont les domaines d'application matérielle (**A**) et spatiale (**B**) de la Convention de New-York.

A Le domaine d'application matérielle de la Convention de New-York du 14 juin 1974

Le domaine matériel de la convention doit être précisé du double point de vue :

- du point de vue des contrats et marchandises visés (**1**)
- du point de vue de la prescription des actions (**2**).

1. Les contrats et les marchandises visés par la Convention de New-York du 14 juin 1974

Son article 6 § 1, énonce que « *La présente convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la partie prépondérante des obligations du vendeur consiste en une fourniture de main d'œuvre ou d'autres services* », tandis que le deuxième paragraphe du même article prévoit que « *sont assimilés aux ventes les contrats de fourniture d'objet mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande la chose n'ait à fournir une partie essentielle des éléments nécessaires à cette fabrication ou production* ».

Deux types d'opérations sont ainsi visées par l'article 6 de la Convention de New-York :

- Le premier est expressément relatif aux ventes d'objets à fabriquer ou à produire, lesquelles entrent par principe dans le champ d'application de la Convention⁹¹⁰. La seule exception à ce principe est celle où « l'acheteur » doit lui-même fournir une partie importante des composants de la chose à fabriquer ou produire, ce qui paraît correspondre aux hypothèses dans lesquelles le débiteur de la prestation caractéristique doit, soit façonner des matériaux, soit assembler des pièces ou éléments d'équipements appartenant à son cocontractant.

⁹¹⁰ L. Yondo Black « *Les enjeux de la réforme: une volonté de favoriser la création* » Droit et Patrimoine, n°201, mars 2011., p.46.

⁹¹¹ V. Heuzé, « *La vente internationale de marchandises* », LGDJ, 1980, p.35, spéc. n°34.

Il convient de préciser que la CVIM permet au juge de l'écarter chaque fois que « l'acheteur » doit fournir une part « importante » des éléments nécessaires à la fabrication ou à la production de la marchandise en cause⁹¹².

- Le deuxième type d'opération vise les contrats complexes qui mettent à la charge de l'une des parties à la fois l'obligation de fournir une chose, déjà existante ou à fabriquer et celle d'accomplir un certain travail pour l'autre partie. Il peut ainsi s'agir du matériel livré, de la transmission d'un savoir-faire⁹¹³.

Dans ce deuxième type de vente, les rédacteurs de la CVIM et la doctrine ne se sont pas entendus sur la notion de « prépondérance ». La prépondérance peut être objective ou subjective.

Quoi qu'il en soit, il appartient aux tribunaux de rechercher ce qui constitue la raison d'être de l'opération⁹¹⁴.

Il convient de relever que la Convention de New-York du 14 juin 1974 ne s'applique pas aux contrats de vente aux consommateurs.

Enfin, la convention assimile la notion de « *marchandises* » à celle d'objets mobiliers corporels. En effet, son article 4.a) dispose que :

« *La présente Convention ne régit pas les ventes :*

a) D'objets mobiliers corporels achetés pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces objets étaient achetés pour un tel usage ».

2. Les actions concernées par la Convention de New-York du 14 Juin 1974

La Convention de New-York du 14 juin 1974 ne concerne que les actions dérivant des rapports entre le vendeur et l'acheteur, c'est-à-dire *inter partes*⁹¹⁵.

Il en résulte que la Convention ne peut être invoquée dans un litige opposant un fabricant au sous-acquéreur d'un produit défectueux.

Dans le cadre ainsi circonscrit, l'article 1er donne à la convention vocation à déterminer les conditions dans lesquelles « *les droits et actions réciproques d'un acheteur et d'un vendeur, issus*

⁹¹² Op cit, note n°911. spéc. p.76.

⁹¹³ Op cit, note n°911.

⁹¹⁴ Voir M. Pélichet, « *La vente internationale de marchandises et le conflits de lois* », RCADI, 1987, vol.201.p.9 et s.

⁹¹⁵ Op cit, note n°914, spéc.p.105.

d'un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels, ou concernant une contravention à ce contrat, sa résolution ou sa nullité, ne peuvent plus être exercés en raison de l'expiration d'un certain laps de temps. Ce laps de temps est désigné dans cette convention par l'expression « le délai de prescription » ». Ce sont donc, en principe, toutes les actions dérivant d'une vente internationale qui se trouvent ainsi visées : action en exécution forcée, en garantie, en responsabilité, en résolution ou en annulation.

Les actions exclues du champ matériel de la Convention de New-York du 14 juin 1974 sont expressément prévues par son article 5.

L'article 5 est ainsi libellé :

« La présente Convention ne s'applique pas aux droits fondés sur :

- a) Tout dommage corporel ou le décès d'une personne ;*
- b) Tout dommage nucléaire causé par la chose vendue ;*
- c) Tout privilège, gage ou autre sûreté ;*
- d) Toute décision ou sentence arbitrale rendues à la suite d'une procédure ;*
- e) Tout titre exécutoire selon la loi du lieu où l'exécution est demandée ;*
- f) Toute lettre de change ou tout chèque ou billet à ordre ».*

Enfin, comme la CVIM, la Convention de New-York du 14 juin 1974 peut être exclue par la volonté expresse des parties. En effet, l'article 3.2 dispose que *« La présente Convention ne s'applique pas lorsque les parties ont expressément exclu son application ».*

Il en résulte que la Convention est supplétive de volonté.

En conséquence, la prescription des actions nées du contrat de vente pourra être régie, selon les conceptions du for, par la *lex contractus* ou par la *lex fori*. C'est en particulier à cette loi qu'il faudra se référer pour apprécier la validité des clauses de l'accord qui, le cas échéant, fixerait les délais dans lesquels chacun des contractants pourrait agir l'un contre l'autre⁹¹⁶.

⁹¹⁶Op cit, note n°911, spéc. p.106, n°139.

B Le champ d'application spatiale de la Convention de New-York du 14 juin 1974 relative à la prescription extinctive

L'applicabilité de la Convention de New-York dans sa version d'origine résulte de la combinaison des articles 2 et 3.1. Aux termes de ces articles, elle s'applique dès lors que le vendeur et l'acheteur sont établis sur le territoire d'États contractants différents au moment de la conclusion du contrat.

L'article 3 dispose que :

« 1. La présente Convention ne s'applique que si, au moment de la conclusion du contrat, les parties à un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels ont leur établissement dans des États contractants.

2. Sauf disposition contraire de la présente Convention, celle-ci s'applique sans égard à la loi qui serait applicable en vertu des règles du droit international privé.

3. La présente Convention ne s'applique pas lorsque les parties ont expressément exclu son application ».

Il résulte de l'article 3.2 de la Convention de New-York du 14 juin 1974 que les règles de droit international privé ne peuvent être d'aucune utilité pour la détermination du champ d'application dans l'espace de cette convention⁹¹⁷. Cette solution ne repose que sur l'hypothèse où le tribunal saisi est celui d'un État contractant.

La Convention de New-York du 14 juin 1974 prévoit, d'une part la possibilité pour les États ayant conclu des accords avec d'autres États portant sur les mêmes matières de formuler des réserves, d'une part, d'autre part qu'une œuvre d'unification régionale ou sous-régionale puisse prévaloir sur elle dès lors que cette œuvre régirait les mêmes matières qu'elle.

Les réserves sont prévues par l'article 34 de la Convention. Conformément à cet article, le Gouvernement du Royaume de Norvège a ainsi déclaré que les contrats de vente conclus entre des vendeurs et des acheteurs dont les établissements respectifs sont situés sur le territoire des États nordiques, à savoir la Norvège, le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Suède, ne seront pas régis par la Convention.

Enfin, un État peut se prévaloir d'une œuvre régionale d'unification matérielle postérieure ou antérieure à la Convention pour l'écarter. C'est ce qui ressort expressément de l'article 37 qui dispose que *« La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à*

⁹¹⁷ Op cit, note n°911 spéc., n°142.

condition que le vendeur et l'acheteur aient leur établissement dans des États parties à cet accord ». En vertu de cette disposition, la Guinée et le Bénin, deux États membres de l'OHADA, peuvent faire prévaloir l'AUDCG sur le Protocole du 11 avril 1980 dès lors que le vendeur et l'acheteur ont leur établissement respectif situé dans ces deux États. En effet, la Guinée et le Bénin ont respectivement ratifié la Convention de New-York (dans sa version révisée, c'est-à-dire le Protocole du 11 avril 1980), respectivement en 1991 et 2011.

Malheureusement, tous les États qui avaient ratifié le texte d'origine n'ont pas ratifié le Protocole de 1980⁹¹⁸. Il s'ensuit qu'à différents points de vue, on se trouve en présence de deux textes distincts⁹¹⁹.

II Le Protocole du 11 avril 1980 sur la prescription extinctive

Le Protocole de 1980 a profondément remanié la Convention du 14 juin 1974 en l'alignant sur le modèle de la CVIM dont l'AUDCG s'inspire. Il a introduit les règles de droit international privé pour lui conférer un champ d'application spatiale identique à celui de la CVIM. Il ne s'applique que si les parties sont établies sur le territoire d'États contractants différents **(A)** ou lorsque le litige est soumis à la loi d'un État contractant **(B)**.

A L'établissement des parties sur le territoire d'États contractants différents

L'article 3.1 a) du Protocole du 11 avril 1980 a pour effet de rendre le Protocole applicable, toutes les fois, que le vendeur et l'acheteur ont leur établissement dans des États contractants distincts. Cet article dispose que « *La présente convention ne s'applique que :*

« si, au moment de la conclusion du contrat, les parties à un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels ont leur établissement dans des États contractants ».

Cette disposition reprend l'article 1.1 a) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Le protocole du 11 avril 1980 a révisé les dispositions de l'article 3.1 de la convention de New-York dans le but de lui conférer un domaine d'application dans l'espace identique à celui de la CVIM⁹²⁰. Ainsi sont introduites les dispositions de l'article 1.1 a) et 1.1 b) de la CVIM.

⁹¹⁸Op cit, note n°911. spéc.118.

⁹¹⁹Op cit, note n°911.

⁹²⁰Op cit, note n°911, spéc., p.123.

B L'application du Protocole du 11 avril 1980 par le mécanisme de la règle de conflit de lois : le litige est soumis à la loi d'un État contractant

Aux termes de l'article 3.1 révisé, le Protocole ne s'applique que :

« - *b) si les règles du droit international privé rendent applicable au contrat de vente la loi d'un État contractant* ».

La disposition de l'article 3.1 b) du Protocole ci-dessus citée introduit les règles de droit international privé. Celles-ci deviennent ainsi le faire-valoir de la règle matérielle.

Ainsi, le Protocole élargit le domaine d'application dans l'espace de la Convention par rapport à la solution retenue par le texte d'origine du 14 juin 1974. Il permet de soumettre à sa loi des contrats conclus entre des parties n'ayant pas l'une et l'autre leur établissement sur le territoire d'États contractants différents⁹²¹.

Pour ce faire, il suffit que la loi applicable au litige, selon les règles de conflit du for, soit celle d'un État ayant ratifié ou adhéré à la Convention⁹²².

A ce niveau, un problème d'articulation entre la convention de New-York et le protocole de 1980 pourrait se poser dès lors que les parties n'ont pas ratifié les deux textes. Toutefois, les articles 8 et 11 du Protocole du 11 avril 1980 ont résolu ce problème en prévoyant que, sauf déclaration contraire, tout État qui ratifierait ce Protocole ou la Convention de 1974 telle que modifiée par lui, sera considéré comme étant également partie contractante à la Convention non révisée.

Le problème d'articulation entre ces deux conventions ne concerne par exemple pas la Guinée et le Bénin qui n'ont ratifié que le Protocole du 11 avril 1980. Seul ce dernier est en vigueur dans ces deux pays.

En conséquence, si les parties à la vente ont leur établissement sur le territoire de ces deux États respectifs et si le contrat a été conclu après 2011, c'est le Protocole du 11 avril 1980 qui s'applique.

En revanche, l'articulation devient difficile dès lors que le vendeur et l'acheteur résident dans deux pays n'ayant pas ratifié les mêmes textes (tels le Bénin et le Ghana). Dans cette hypothèse, le vendeur est établi sur le territoire d'un État lié par le Protocole du 11 avril 1980 (le Bénin), tandis que l'acheteur a son établissement dans un État ayant ratifié la Convention de New-York du 14 juin

⁹²¹Op. cit, note n°911, spéc. n°34., p.107, spéc. n°145.

⁹²²Il convient de relever que selon l'article 2 de la Convention du 14 juin 1974 que le Protocole du 11 avril 1980 n'a pas modifié, le vendeur et l'acheteur doivent être établis sur le territoire d'États différents, c'est seulement à cette condition que la vente peut être qualifiée d'internationale.

1974 (le Ghana). Dans ce cas de figure, le Bénin et le Ghana ne seront pas considérés comme ayant la qualité de pays contractants dans leurs rapports contractuels et la Convention de New-York du 14 juin 1974 ne sera pas applicable.

Conformément aux dispositions des articles 8 et 11 du Protocole du 11 avril 1980, ce dernier devait s'appliquer si le contrat a été conclu en 2011.

Une dizaine d'années après l'adoption du Protocole du 11 avril 1980, les États africains, afin d'attirer les investisseurs privés sur leur continent, ont adopté un droit matériel uniforme s'appliquant de la même manière dans les ordres juridiques des États membres. Ce droit a regroupé les droits et actions appartenant aux acteurs du commerce local et international dans le même Acte uniforme.

Paragraphe II Le champ d'application de l'AUDCG

L'AUDCG, la Convention de New-York de 1974 et le Protocole du 11 avril 1980 s'appliquent aux objets mobiliers corporels. L'AUDCG reprend pour l'essentiel les dispositions du Protocole du 11 avril 1980 relatif à la prescription.

Examinons son champ d'application matériel (I) et spatial (II).

I Le champ d'application matériel de l'AUDCG

Plusieurs pays africains, soucieux de développer leurs échanges commerciaux ont adopté un Acte uniforme qui s'est inspiré de la CVIM. L'AUDCG reprend en grande partie les dispositions du Protocole du 11 avril 1980 et la Convention de New-York du 14 juin 1974⁹²³ sur la prescription. Toutefois, il a introduit quelques nouveautés. En effet, l'article 1er de l'AUDCG, dispose qu'il est applicable aux commerçants, personnes physiques ou morales y compris les sociétés dans lesquelles un État ou une personne de droit public est associé. Sa nouveauté résulte du fait qu'il est également applicable à l'entrepreneur⁹²⁴.

⁹²³ D. Tricot, « *Prescription* », Droit & Patrimoine n°201, mars 2011, p.70 à 71.

⁹²⁴ L'article 33 de l'AUDCG dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

L'AUDCG révisé a prévu une prescription extinctive⁹²⁵. Les droits d'agir, de mener une action, sont seuls concernés en raison de l'écoulement d'un temps défini⁹²⁶.

Nous nous intéresserons, dans le cadre de la présente étude, à la prescription applicable aux obligations à l'égard de l'entrepreneur (A) puis celle applicable à la vente commerciale dans l'AUDCG (B).

A Les obligations nées des activités entre entrepreneurs ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs

L'AUDCG prévoit deux types d'obligations.

Le premier type d'obligation est prévu à l'article 16 de l'AUDCG lequel dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Le deuxième type d'obligation résulte de l'article 33 du même AUDCG qui dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte.

Le régime de la prescription prévu aux articles 17 à 29 du présent Acte uniforme s'applique à l'entrepreneur ».

Il se dégage un principe général de prescription applicable aux obligations nées des rapports entre commerçants et non commerçants d'une part entre entrepreneurs et non entrepreneurs d'autre part (1) et des exceptions à ce principe (2) .

⁹²⁵ AUDCG révisé, art. 10, alinéa 2.

⁹²⁶ F. Chifflot Bourgeois, « *Organisation Pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* », JurisClasseur Droit international, 12 Décembre 2011.

1. Le régime général de la prescription de droit commun dans l'AUDCG : la prescription quinquennale

Il résulte de l'article 16 de l'AUDCG ci-dessus cité que le délai de cinq ans s'applique aux obligations nées des activités du commerçant (les personnes physiques et morales)⁹²⁷ et de l'entrepreneur⁹²⁸ au sens de l'article 2 de l'AUDCG. Cette disposition est empruntée à l'article L.110-4 du code de commerce français issu de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, tout en l'adaptant aux obligations du commerce international, qui dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par « cinq ans » si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ».

Quand à l'article 33, alinéa 1 de l'AUDCG, il énonce le régime applicable aux entrepreneurs dans leurs rapports entre eux ou avec d'autres personnes⁹²⁹. La règle est ainsi identique à celles applicables aux commerçants, telle qu'elle est prévue par l'article 16, alinéa 1.

Il en résulte que les obligations nées des rapports entre entrepreneurs et non entrepreneurs se prescrivent par cinq ans. Cette disposition spécifique est nécessaire puisque l'entrepreneur a un statut distinct de celui du commerçant. En effet, l'entrepreneur tel que défini par l'article 30 de l'AUDCG⁹³⁰ n'est pas tenu de s'immatriculer au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)⁹³¹.

En application de ce principe, la Cour d'appel du Littoral (Gabon) a débouté un demandeur de son action au motif que « *Tout litige né du contrat de réparation (acte de commerce par accessoire) est soumis à la prescription quinquennale de l'article 18 de l'AUDCG. Le propriétaire qui ne réclame pas son véhicule dans ce délai est forclo et son action doit être déclarée prescrite par la juridiction compétente* »⁹³².

⁹²⁷L'article 2 de l'AUDCG dispose que « *Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ».

⁹²⁸Op cit, note n°927.

⁹²⁹Op. cit, note n°923, sépc, p.70 à 71.

⁹³⁰ L'expression auto-entrepreneur est emprunté au législateur français. C'est l'article 30 de l'AUDCG qui définit l'entrepreneur comme « *un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* ».

⁹³¹L'article 30, alinéa 6 dispose que « *L'entrepreneur, qui est dispensé d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, est tenu de déclarer son activité tel qu'il est prévu dans le présent Acte uniforme* ».

⁹³²Cour d'Appel du Littoral, arrêt n°176/CC du 5 novembre 2012, Madame SONKE née TCHUENTE Florence

A l'instar du droit français de la prescription, l'AUDCG a introduit par ailleurs des prescriptions plus courtes.

2. Les exceptions au principe de la prescription quinquennale

Selon les dispositions de l'article L.110-4 du code de commerce français la durée de la prescription quinquennale ne s'applique pas « *si l'obligation est soumise à une prescription plus courte* ». De la même manière, l'AUDCG a fixé un tempérament au principe de la prescription quinquennale⁹³³. Ainsi aux termes de l'article 301, alinéa 2, « *Le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans sauf dispositions contraires au présent livre* ».

Il en a été ainsi jugé dans un arrêt de la Cour d'appel de Douala en date du 10 janvier 2010 aux termes duquel : « *La prescription en matière de vente commerciale de deux ans s'applique même si la vente a eu lieu dans le cadre d'un contrat de location-gérance* »⁹³⁴.

Toutefois, cette prescription peut être assortie d'exception en cas de défaut de conformité de la marchandise vendue ou en cas de garantie.

Ainsi une contestation pour non-conformité d'une marchandise livrée est soumise à la prescription d'un an, par application des articles 259 et 302 de l'AUDCG⁹³⁵. Toutefois, telle n'a pas été la décision rendue par la Cour d'appel du Littoral (Gabon) le 05 novembre 2012 qui a débouté un vendeur de produits défectueux du délai de forclusion d'un an au motif que « *dans la vente commerciale, le vendeur est astreint à l'obligation de garantir les vices cachés de la marchandise. Le non respect de cette obligation ouvre droit à l'acheteur une action fondée sur le défaut de conformité qui doit être reçue par les juges de fond dans le délai de deux (2) ans à compter du jour où le défaut a été découvert. Le vendeur ne peut exciper, pour dégager sa responsabilité, la forclusion tirée de l'inobservation par l'acheteur du délai d'un an à compter de la livraison* »⁹³⁶.

Cet arrêt est pour le moins curieux. En effet, les juges de première instance aussi bien que les magistrats de la Cour d'appel n'ont pas tiré les enseignements de l'article 302 nouveau de l'AUDCG

c/SUMOCA. S.A. Voir également arrêt de la même Cour, n°010/C du 18 janvier 2008, NGUEMTO Wakam Jules c/ Société Mobil Oil Cameroun, aux termes duquel, la Cour affirma que « *le créancier doit être débouté de l'action en recouvrement des créances exercée contre le débiteur plus de deux ans après la date d'exigibilité de sa créance résultant de la livraison de marchandises* », *Ohadata* J-09.126.

⁹³³ V. Op. cit, note n° 923 p.70 à 71.; voir également, op. cit, note n°382.

⁹³⁴ CA. Doula (Cameroun), 18 janvier 2010, n°010/C, Jurisprudences nationales OHADA, n°2, 2010, p. 40.

⁹³⁵ Op. cit, note n°923.

⁹³⁶ C. A du Littoral, arrêt n°168/CC du 5 novembre 2012, Société SATKARTAR (SKT) c/Madame GWENANG, Irène Melanie, *Ohada*, J-14-18.

qui prévoit une exception à l'exception de la prescription biennale. En effet, par combinaison des articles 302 et 259 de l'AUDCG, l'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être. C'est donc par fausse application de la prescription biennale (article 301, alinéa 2 de l'AUDCG) que les magistrats de la Cour d'appel du Littoral ont soumis la prescription pour défaut de conformité, normalement soumise à la prescription annale, à la prescription biennale.

Dans une autre espèce, les magistrats burkinabé ont, à juste raison, appliqué la prescription quinquennale en lieu et place de la prescription abrégée de l'article 301, alinéa 2 de l'AUDCG au seul motif qu'en l'absence d'un contrat de vente, la prescription abrégée de l'article 274 (devenu l'article 301, alinéa 2) de l'AUDCG ne saurait s'appliquer⁹³⁷.

Enfin, la volonté des parties n'est pas exclue, car selon l'article 29 de l'AUDCG « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* ».

L'AUDCG ne déroge ainsi que marginalement au principe de la liberté contractuelle et accorde aux contractants la faculté de déroger à la prescription légale qu'il prévoit.

Il s'agit de faire prévaloir la volonté des parties contractantes sur les dispositions supplétives de l'AUDCG.

B La prescription exceptionnelle applicable à la vente commerciale OHADA

En matière de vente commerciale, la prescription présente une spécificité, en ce sens qu'elle est plus courte, sa durée est de deux ans, tel qu'il ressort de l'article 301, alinéa 2 de l'AUDCG qui dispose que « *Le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans sauf dispositions contraires du présent Livre* ».

Le texte prévoit néanmoins deux exceptions dans deux situations précises.

D'une part, la prescription peut être plus courte si une telle prescription est prévue. Cette prescription courte résulte de la combinaison des articles 301, alinéa 2 de l'AUDCG et 25-1 de l'Acte uniforme relatif au droit du transport des marchandises par route, ci-après AUTMR, aux termes duquel il est expressément énoncé que « *toute action découlant d'un transport régi par le présent Acte uniforme se prescrit par un an à compter de la date de livraison, ou à défaut de*

⁹³⁷C.A Bobo-Dioulasso, 18 avril 2005, n°30, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés 4ème éd. 2012, p.249.

livraison, de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée. Toutefois, dans le cas de dol ou de faute équipollente au dol, cette prescription est de trois ans ».

Cet article reprend les dispositions de l'article 32.1 de la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route qui dispose que « *Les actions auxquelles peuvent donner lieu les transports soumis à la présente convention sont prescrites dans le délai d'un an. Toutefois, dans le cas de dol ou de faute considérée, d'après la loi de la juridiction saisie, comme équivalente au dol, la prescription est de trois ans* ».

D'autre part, la prescription est d'un an pour toute action qui serait fondée sur un défaut de conformité de la marchandise livrée.

Cette prescription abrégée résulte de la combinaison des articles 302 et 259 de l'AUDCG.

Aux termes de l'article 259 de l'AUDCG, « *L'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être. Ce dernier délai ne peut avoir pour effet de réduire la durée de la garantie contractuelle éventuellement consentie* ».

Il en résulte deux conditions d'application de la prescription annale abrégée :

- dès lors que la vente de marchandises s'accompagne d'un transport et qu'une avarie a été constatée, l'acheteur dispose d'un délai d'un an pour agir en responsabilité contre le transporteur, à compter de la date de livraison ou de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée.
- dans le cas où la marchandise ou le produit est assorti d'une garantie, ce délai d'un an demeure mais court à compter de l'expiration de la garantie contractuelle; ce qui constitue une exception à l'exception⁹³⁸.

Le Tribunal de Première Instance d'Abidjan (Côte d'Ivoire) a fait application de cette clause dans une décision en date du 13 décembre 2001 aux termes de laquelle les juges du fond ont déclaré irrecevable une action introduite plus de deux ans après l'expiration de la garantie annale conventionnelle⁹³⁹.

⁹³⁸ Op.cit, note n°923.

⁹³⁹ Tribunal de Première Instance d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 13 décembre 2001, n°246., Ohada.com/Ohadata J-02-187., v. également OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 4ème éd. 2012, spéc., p.302.

Le champ d'application matériel de l'AUDCG est doublé d'une application spatiale.

II Le champ d'application spatiale de l'AUDCG

Le champ d'application spatiale de l'AUDCG est défini par son Titre VIII. Il concerne essentiellement les ventes commerciales entre opérateurs locaux du commerce établis dans des États membres différents ou que la règle de droit international privé mène à l'application de la loi d'un État membre ⁹⁴⁰.

Deux modalités d'application résultent de l'AUDCG.

- La première prévoit que l'AUDCG s'applique directement sans recourir à la règle de droit international privé dès lors que les parties ont leur siège sur le territoire d'un des États contractants membres de l'OHADA. C'est ce qui ressort du premier démembrement de phrase de l'article 234, alinéa 2 de l'AUDCG qui dispose que « *Le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties* ».

Il en résulte que le siège de l'activité des contractants doit être dans un État membre de l'OHADA.

Ainsi, l'AUDCG est applicable même aux contrats de vente de marchandises purement internes. La condition de l'internationalité n'est donc pas indispensable pour rendre l'AUDCG applicable. Les parties doivent avoir leur établissement dans le même État. A cet égard, le recours aux règles de conflit de lois est inopérant, voire superflu. Le recours à l'AUDCG l'emporte sur le recours au droit international privé du for. Il en va ainsi du fait que les règles de l'AUDCG sont plus spécifiques et aboutissent directement à une solution sur le fond, alors que les règles du droit international privé

⁹⁴⁰L'article 1 dispose que « *Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États Parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, ci-après dénommés « États Parties », est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme. Sont également soumises, sauf dispositions contraires, au présent Acte uniforme et dans les conditions définies ci-après, les personnes physiques qui ont opté pour le statut d'entrepreneur.*

En outre, tout commerçant ou tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme, qui sont applicables dans l'État partie où se situe son établissement ou son siège social.», tandis que l'article 234 dispose que « *Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production. Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ».

exigent une solution en deux temps (identification de la loi applicable puis son application).

- la seconde est une reprise des dispositions de l'article 3.1 b) du Protocole du 11 avril 1980. En effet, l'article 234, alinéa 2 dispose que « *lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ». Le rattachement peut donc être direct ou indirect mêlant en ce sens deux conventions internationales : la Convention du 11 avril 1980 signée à Vienne et la Convention sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels signée à La Haye le 15 juin 1955.

L'article 3.1 b) du protocole du 11 avril 1980 et l'article 234, alinéa 2 de l'AUDCG prévoient tous deux, l'application de leurs dispositions dès lors que les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État membre. L'un comme l'autre texte permet de soumettre à la convention concernée tout contrat conclu entre des parties n'ayant pas l'une et l'autre leur établissement sur le territoire d'un État contractant différent lorsque la loi applicable est celle d'un État membre.

Cette disposition permet d'harmoniser le droit applicable au fond et celui applicable à la procédure, de sorte qu'en cas de litige, les deux actions se trouveraient gouvernées par un seul et unique droit. Prenons un exemple : un vendeur guinéen conclut un contrat avec un acheteur ghanéen. Ce dernier décide d'engager une action contre le vendeur guinéen sur le fondement du défaut de conformité. Par application combinée des articles 301, 302 et 259 de l'AUDCG, le délai de contestation pour non-conformité est d'un an. Dans notre exemple, les protagonistes n'ont pas respectivement leur siège dans des États membres différents. Toutefois, les conditions de l'article 234 alinéa 2 sont réunies. Le litige est soumis au juge malien.

Le juge malien mettra-t-il en œuvre ses propres règles de droit international privé pour dire si l'action est prescrite selon les dispositions de l'AUDCG ? Ou appliquera-t-il la règle d'application de l'article 234, alinéa 2 de l'AUDCG ?

Le juge malien est tenu de mettre en œuvre l'article 234, alinéa 2 de l'AUDCG pour désigner la loi applicable. Le vendeur étant le débiteur de la prestation caractéristique, le juge malien appliquera la loi guinéenne. Le droit commun de la vente commerciale internationale de la Guinée est l'AUDCG.

Le juge malien appliquera l'AUDCG et, par voie de conséquence, fera usage de la règle selon laquelle le délai de prescription de l'action en non-conformité est d'un an.

Le droit de la vente OHADA s'applique également lorsque les parties ont choisi conventionnellement ce droit comme loi applicable à leur contrat.

De ce qui précède, il existe une convergence d'application entre les textes matériels de droit uniforme relatifs à la prescription.

Toutefois, des divergences existent entre les textes matériels de la Convention de New-York et l'AUDCG.

Il y a lieu d'étudier les risques de conflit avec la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises conclue à New York le 14 juin 1974⁹⁴¹ et le Protocole du 11 avril 1980.

Paragraphe III Les risques de conflits entre l'AUDCG et la Convention de New-York du 14 juin 1974 et le Protocole du 11 avril 1980

La vente est l'un des actes les plus importants de l'activité économique en Afrique. Elle permet à toute personne de s'approvisionner auprès des producteurs, de fournisseurs, d'industriels ou d'intermédiaires du commerce, pour transmettre à ses clients, en nature ou après transformation⁹⁴². Qu'elles soient civiles ou commerciales, la vente est donc un instrument indispensable à la facilité des échanges dans le commerce national ou international, à la création et à la circulation des richesses tant au niveau régional qu'international.

Le vendeur demeurant dans un État X peut livrer la marchandise à un acheteur demeurant dans un État Y. Le vendeur est alors créancier de l'acheteur. Ce dernier est tenu de payer le prix de la marchandise dès sa livraison. S'il ne s'exécute pas, il s'expose à ce qu'une poursuite judiciaire soit engagée à son encontre de la part de son créancier.

De quel délai dispose le vendeur pour réclamer le règlement à son acheteur ? De quel délai dispose l'acheteur pour intenter une action en non-conformité contre le vendeur ?

Ces questions sont soumises au régime de la prescription.

Conscients de l'importance que revêt la prescription extinctive, les États se sont organisés en vue de mettre en place des règles matérielles uniformes qui y soient applicables.

Au plan national, certains États membres de l'OHADA ont intégré la prescription dans leur code civil en tant que droit applicable au fond, d'autres dans leur code de procédure civile comme étant une fin de non recevoir.

Au plan international, deux principales conventions ont vu le jour : la Convention de New-York du

⁹⁴¹Op. cit, note n°923.

⁹⁴²Op. cit, note n° 910., p.46.

14 juin 1974 et le Protocole du 11 avril 1980.

Au plan régional, l'AUDCG a été adopté par dix sept États de l'Afrique Subsaharienne et contient des dispositions relatives à la prescription en matière de vente de marchandises.

Ce foisonnement de conventions aboutit à un conflit de conventions dans le temps **(I)** et un conflit relatif aux délais visés en matière de vente de marchandises par le Protocole du 11 avril 1980 et l'AUDCG **(II)**.

I Le risque de conflits dans le temps

Lorsqu'est présentée une demande fondée sur les droits et actions réciproques d'un acheteur et d'un vendeur, issus d'un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels, et concernant une contravention à ce contrat, sa résolution ou sa nullité ou le recouvrement de la créance du créancier, il convient de déterminer laquelle des conventions de New-York du 14 juin 1974 et du Protocole du 11 avril 1980 ou de l'AUDCG s'applique à la requête.

Nous examinerons cette problématique à l'aune de l'interaction entre le droit matériel régional et les conventions internationales de droit uniforme matériel que certains États membres de l'OHADA ont ratifiées **(A)** ainsi que de celle entre le droit matériel uniforme AUDCG et le droit des prescriptions commerciales en vigueur dans les États membres de l'OHADA **(B)**.

A Le conflit de conventions dans le temps

Le droit international privé de la prescription était longtemps resté une source de nature nationale et jurisprudentielle⁹⁴³.

Toutefois, depuis plusieurs décennies, il s'est développé un droit matériel de la prescription sous l'influence d'organisations internationales et ou régionales telles que la CNUDCI et l'OHADA.

Il en résulte un foisonnement des sources textuelles et donc fatalement un conflit de conventions dans le temps.

Il y a conflit de conventions dans le temps en droit international privé lorsque les conventions en conflit appartiennent à la fois à deux ou plusieurs moments et à deux ou plusieurs lieux.

Un conflit de conventions dans le temps peut toutefois résulter de la ratification successive par un

⁹⁴³Sur la prescription voir : F. Hage-Chahine, « *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription* », Dalloz, 1977, p.16, spéc. n°12 et s.

même État de deux instruments internationaux⁹⁴⁴. Il en est ainsi de la ratification par le Bénin du Protocole du 11 avril 1980 et de l'AUDCG. Dans un tel cas, il s'agira d'un conflit transitoire international⁹⁴⁵. En effet, le conflit transitoire international naît de la modification de la règle de conflit du for. L'interprète doit-il s'en remettre, pour déterminer la loi applicable à la question qu'il considère, à l'ancienne ou à la nouvelle règle?

Ce problème ne peut être envisagé dans notre étude que si le changement de la règle de conflit détermine la désignation de deux conventions différentes de telle sorte que, pour les intéressés ou pour l'interprète, il y ait hésitation quant à la convention, anciennement ou nouvellement désignée, qu'il conviendra de mettre en œuvre.

Prenons par exemple, un contrat conclu entre un commerçant béninois et un acheteur gabonais. Le Bénin a ratifié le Protocole du 11 avril 1980 relatif à la prescription et vient juste d'adhérer à la CVIM en 2013 tandis que le Gabon a adhéré à la CVIM mais n'a pas ratifié le Protocole du 11 avril 1980 relatif à la prescription.

Ces deux États sont également membres de l'OHADA et ont ratifié l'AUDCG.

Il convient de relever que la CVIM ne prévoit aucune règle applicable à la prescription. C'est en essayant de combler cette lacune que la CNUDCI a adopté la Convention de New-York du 14 juin 1974, modifiée par le Protocole du 11 avril 1980.

En conséquence, le Protocole du 11 avril 1980 peut être joint aux contrats de vente internationale de marchandises si telle a été la volonté des parties. Ce protocole prévoit un délai de prescription de quatre ans tandis que l'AUDCG prévoit un délai de prescription de deux ans. Ce dernier vient concurrencer le Protocole du 11 avril 1980. Il y a ainsi conflit transitoire international.

Cette situation rend la recherche d'une solution particulièrement délicate. Deux étapes sont particulièrement nécessaires :

- la première consiste à vérifier, au regard des domaines d'application matériel, temporel et spatial de chaque texte intéressant le droit international privé de la prescription, quel est celui qui entend saisir la situation pour la régler⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴C. Brière, « *Les conflits de conventions internationales en droit privé* », L.G.D.J, 2001, p.12 spéc. n°12.

⁹⁴⁵ Sur le conflit transitoire, voir, Répertoire de droit international, Dalloz, 2014, spéc. n°6.

⁹⁴⁶ S. Clavel et E. Gallant, « *Les grands textes de droit international privé* » 1ère éd, Dalloz 2014, p. VII.

- la seconde consiste, si la situation entre dans le domaine d'application de ces deux textes, à sélectionner l'un d'entre eux pour l'appliquer⁹⁴⁷.

Pour résoudre ce type de conflit de conventions dans le temps, l'interprète appliquera la règle de conflit qui désigne le droit matériel visant les faits qui sont survenus lorsque celle-ci était en vigueur et qui correspondent à la situation que ce droit sanctionne.

C'est ainsi que dans une espèce la Cour d'appel de Paris a mis en œuvre les règles de conflit de lois pour désigner la loi applicable à la prescription au motif que cette dernière n'est pas traitée par la Convention de Vienne⁹⁴⁸. L'on sait que les lacunes externes de la CVIM au sens des articles 4 et 5 relèvent des droits nationaux par le mécanisme du conflit des lois ou d'un autre instrument d'uniformisation du droit⁹⁴⁹.

Le conflit transitoire peut également résulter de l'adoption successive du Protocole du 11 avril 1980 et de l'AUDCG par deux États membres de l'OHADA, tels la Guinée et le Bénin qui ont respectivement adopté le Protocole du 11 avril 1980, le 23 janvier 1991 et le 29 juin 2011.

Enfin, il peut résulter de l'adoption respective de l'AUDCG par un État A, par exemple le Bénin et du Protocole du 11 avril 1980 par un État B, par exemple les États-Unis.

Supposons qu'un vendeur ayant son établissement au Bénin, (pays ayant ratifié le Protocole du 11 avril 1980 et l'AUDCG) vende une marchandise à un acheteur américain dont le pays a ratifié le Protocole du 11 avril 1980 et qu'un défaut de conformité soit décelé sur la marchandise. Quel délai dispose l'acheteur américain pour agir contre le vendeur béninois ?

Il convient de rappeler que la Convention de New-York du 14 juin 1974 et l'AUDCG ont des critères d'applicabilité spatiale identiques⁹⁵⁰ puisque le Protocole aussi bien que l'AUDCG sont supplétifs de volonté. Les parties peuvent les écarter au profit de l'une ou de l'autre des conventions

⁹⁴⁷Op cit, note n°950.

⁹⁴⁸ Paris, 19e ch., sect. A, 6 nov. 2001, SA Traction Levage c/ AXA, D.2002.1596, note P. Delebecque RTD. Com, 2002, p.210, C. Witz, Recueil Dalloz 2002, p.2795, J. Michel Jacquet, RTD Com.2002, p.210.

⁹⁴⁹ En ce sens, voir le commentaire de C. Witz, Recueil Dalloz 2002, p.2795.

⁹⁵⁰ L'article 3.1 de la Convention de New-York dispose que « *La présente Convention ne s'applique que :a) Si, au moment de la conclusion du contrat, les parties à un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels ont leur établissement dans des États contractants; ou b) Si les règles du droit international privé rendent applicable au contrat de vente la loi d'un État contractant* » tandis que l'article 234, al 2 de l'AUDCG dispose que « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ».

matérielles. En effet, l'article 3.2 du Protocole du 11 avril 1980 dispose que « *La présente Convention ne s'applique pas lorsque les parties ont expressément exclu son application* ».

Deux solutions sont envisageables :

- La première consiste à s'en remettre à la volonté des parties : c'est la loi d'autonomie. On appelle « loi d'autonomie », la loi dont la compétence repose sur un choix exprès ou tacite effectué par les parties.

Si les parties ont choisi d'appliquer, le Protocole du 11 avril 1980, c'est ce dernier qui régira le délai de prescription de l'action de l'acheteur contre le vendeur pour recouvrer sa créance sous réserve des dispositions impératives nationales.

En revanche, si elles ont choisi l'AUDCG, c'est ce droit matériel qui régira leurs relations contractuelles ainsi que le délai de recouvrement de la créance.

- La deuxième solution consiste, en l'absence de choix de loi, à déterminer la convention matérielle applicable à la prescription de l'action de l'acheteur contre le vendeur. La détermination de la loi applicable ne peut se faire que par le biais de la règle de conflit de lois. A cet égard, il convient de rappeler la vocation universelle de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

L'article 3 de cette convention dispose qu' « *A défaut de loi déclarée applicable par les parties, (...), la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement* ».

De la même manière, l'article 4.1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 devenue Règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 dispose que « *Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

L'article 4.2 du même Règlement dispose que la partie qui fournit la prestation caractéristique présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Enfin, l'article 10 § 1 du Règlement du 17 juin 2008 dispose que « *La loi applicable au contrat (...)/ (...) régit notamment : (...) / (...) d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai (...)* ».

L'article 16, alinéa 2 de l'AUDCG dispose également que la « *prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte* ».

Aux termes de ces trois dispositions, il ressort que la prescription est régie par la *lex contractus*, c'est-à-dire la loi de fond.

Dans notre exemple, le vendeur a sa résidence habituelle au Bénin, pays ayant ratifié l'AUDCG qui régit la vente ainsi que la prescription des actions et droits nés de cette dernière. Si le juge béninois est saisi du litige, il devrait le régler par le jeu de la règle de conflits de lois. C'est là où le deuxième démembrement de phrase de l'article 234, alinéa 2 trouve sa justification. Il dispose que « *lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ».

A défaut de loi applicable au contrat de vente, celle-ci est déterminée sur le critère de la loi nationale de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique. En matière de vente, la prestation caractéristique est l'obligation de délivrance du vendeur⁹⁵¹.

L'article 302 combiné à l'article 259 de l'AUDCG disposent que l'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être⁹⁵². C'est cette disposition qui devra donc être appliquée, dans notre exemple.

En conséquence, l'action de l'acheteur états-unien sera fondée sur les dispositions de l'AUDCG.

B Le conflit de lois en droit interne consécutif à l'adoption de l'AUDCG et le principe de non rétroactivité

L'adoption de l'AUDCG dans ses dispositions relatives à la prescription a entraîné un bouleversement de la durée de la prescription dans les droits internes des États membres, ramenant cette dernière de dix ans⁹⁵³ à cinq ans de manière générale et deux ans en matière de vente commerciale, semant un trouble chez certains plaideurs et interprètes.

L'adoption de l'AUDCG est susceptible d'entraîner des conflits de lois dans le temps.

En droit interne, lorsque la loi nouvelle allonge un délai, l'application immédiate de celle-ci ne soulève guère de difficulté : les parties profitent du temps supplémentaire ainsi offert, sauf dans l'hypothèse où, au jour de la promulgation de la loi, la prescription était définitivement acquise

⁹⁵¹ Pour une application de la règle de conflit de lois : voir : C.A Ouagadougou (Burkina Faso) Ordonnance de référé n°89/2001, Eurasie-Afrique/CIAT, www.ohada.com, ohadata J-06-64.

⁹⁵² Voir, notre présent chapitre.

⁹⁵³ L'article 222 du code des Obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « *Sauf dispositions contraires de la loi, le délai de la prescription extinctrice de droit commun est de dix ans* ».

puisqu'il est généralement admis que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif⁹⁵⁴.

Inversement, dès lors que la loi nouvelle réduit la durée du délai de prescription, la solution de droit transitoire impose un compromis : il ne peut être question de prescrire instantanément les prétentions d'une personne qui croyait avoir encore du temps pour agir⁹⁵⁵.

Une jurisprudence française ancienne et constante considère en ce sens que « *Lorsque la loi réduit la durée d'une prescription, la prescription réduite commence à courir, sauf disposition contraire, du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure* »⁹⁵⁶. Autrement dit, « *le délai ancien continue de courir, mais seulement dans les limites du nouveau délai* ». Une telle solution a été consacrée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, son article 26-II disposant que « *les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure* ».

Un arrêt récent de la cour de cassation française a retenu que les dispositions qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur du texte, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure⁹⁵⁷.

Le problème né de l'articulation des délais issus des anciens codes de commerce ou des codes de procédure africains avec ceux prévus par l'AUDCG est d'actualité dans l'espace OHADA.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lomé résume ce problème dans le cas d'espèce décrit ci-après :

Deux sociétés de droit togolais, la société BUTUMAR-AFRIQUE et la société TOGO & SHELL étaient en relations contractuelles depuis 1986, le contrat connaissant un début d'exécution en 1987.

Attendu que la société BUTUMAR-AFRIQUE avait livré régulièrement du bitume à la société TOGO & SHELL.

Que la société TOGO & SHELL n'a payé qu'une partie de sa dette;

Que c'est dans ces conditions que la société BUTUMAR-AFRIQUE l'assigna devant la première Chambre civile et commerciale du Tribunal de première instance de Lomé.

Par jugement en date du 21 février 2003, le Tribunal de première instance de Lomé condamna la

⁹⁵⁴ Civ. 1re, 27 sept. 1983, Bull. civ. I, n° 215 ; Soc. 15 févr. 1973, D. 1973. 518, note Y. Saint-Jours.

⁹⁵⁵ N. Kilgus, note sous arrêt, Civ., 1ère, 15 mai 2014, Dalloz actualité, 2014.

⁹⁵⁶ Civ. 1re, 28 nov. 1973, D. 1974. 112, note Massip ; 12 juill. 1972, D. 1973. 361, note Chauveau ; Com. 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 179.

⁹⁵⁷ Civ. 1re, 15 mai 2014, F-P+B, n° 13-13.406.

société TOGO & SHELL à payer diverses sommes à la société BUTUMAR-AFRIQUE et la débouta de son action en estimant que les dispositions de l'ancien article 274 de l'AUDCG (article 301, alinéa 2 nouveau) ne peuvent être appliquées conformément aux principes de l'application de la loi nouvelle dans le temps alors que s'agissant d'une règle de procédure elle est d'application immédiate.

Que la société TOGO & SHELL interjeta appel de cette décision devant la Cour d'appel de Lomé en se fondant sur l'ancien article 274 de l'AUDCG (article 301, alinéa 2 nouveau) aux termes duquel *«Le délai de prescription en matière commerciale est de deux ans, ce délai court à partir de la date à laquelle l'action peut être exercée»*.

Par un attendu très ferme, la Cour d'appel de Lomé confirma le jugement de première instance entrepris et rejeta l'application de la prescription biennale de l'AUDCG en ces termes :

« Attendu qu'il est constant tel qu'il ressort des éléments de la cause que les parties au procès sont liées par des relations contractuelles qui, commencées en 1986, ont connu leur début d'exécution en 1987 par la fourniture du bitume par la société BUTUMAR-AFRIQUE à la société TOGO & SHELL ; que cette fourniture de bitume a commencé par le bon de livraison de 600 tonnes de bitumes livrées le 03 août 1987 et la facture n°1040 y correspondant, soit 24.201.540 FCFA; qu'il est versé au dossier copie de l'avis de crédit du 11 août 1987 qui certifie que TOGO & SHELL a payé la moitié de la somme totale de 83.044.500F et reste devoir la somme principale de 41.522.250F qui sera augmentée des intérêts au taux légal ;

*Attendu que toutes les opérations entre les deux parties se sont passées bien avant l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme de l'OHADA en 1999, que dans ces conditions, ce sont les dispositions du code de commerce qui doivent recevoir application.....»*⁹⁵⁸.

La Cour d'appel de Lomé illustre ainsi le principe de non rétroactivité de l'AUDCG. Celui-ci a été également illustré par un arrêt de la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso) en date du 28 janvier 2009 qui a décidé que *« les contrats de transport de marchandises par route conclus avant l'entrée en vigueur de l'AUCTMR sont soumis à la prescription quinquennale »*⁹⁵⁹. Il en a été également ainsi dans un arrêt rendu en matière de recouvrement d'arriérés de commissions par la prescription décennale en lieu et place du délai de prescription quinquennale de l'AUDCG. Elle a jugé que *« doit être considérée comme prescrite l'obligation née de la campagne cacaoyère de*

⁹⁵⁸C. A de Lomé, arrêt n°023/06 du 23 février 2006, Société Togo & Shell/Société Butumar- Afrique, Ohadata, J-10-163.

⁹⁵⁹C.A Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), ch.com. 28 janvier 2009, n°409, Ohada.com/Ohadata J-10.108.

*l'année 1988-1989 dont l'exécution est demandée en 2002, soit plus de 10 ans après la naissance de la créance »*⁹⁶⁰.

Ces arrêts confirment que l'AUDCG ne s'applique pas en matière de prescription aux situations antérieures à son entrée en vigueur (1998 pour l'AUDCG). Ces situations demeurent soumises aux lois nationales jusqu'à l'entrée en vigueur de l'AUDCG.

II Le conflit relatif au délai de prescription dans les deux textes

La prescription est traitée dans l'AUDCG au regard des règles applicables aux opérations et activités commerciales⁹⁶¹.

L'AUDCG, la Convention de New-York et le Protocole de 1980 précisent le domaine de la prescription extinctive. Ils précisent que leurs dispositions ne s'appliquent que si l'obligation dont l'extinction est en cause, est elle-même soumise à la loi au fond⁹⁶².

Cependant, la Convention de New-York et l'AUDCG ne s'accordent pas sur la durée du délai de prescription.

Il convient, dès lors, d'examiner quel est ce délai de prescription dans chacun des (A) et proposer une solution (B).

A Le délai de prescription dans les deux textes conventionnels

L'article 8 de la Convention de New-York dispose que « *Le délai de prescription est de quatre ans* » tandis que l'article 301, alinéa 2 de l'AUDCG dispose que « *Le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans sauf dispositions contraires du présent Livre* ».

Cette contradiction de délai de prescription est source de conflits.

Supposons une vente commerciale conclue entre une entreprise dont le siège social est sis à Conakry (Guinée) et une entreprise dont le siège social est sis à Cotonou (Bénin).

La Guinée et le Bénin ont ratifié respectivement le Protocole du 11 avril 1980 et l'AUDCG. Les parties n'ont pas choisi la convention applicable à leur relation contractuelle.

L'acheteur béninois peut se fonder sur l'article 8 de la Convention de New-York du 14 juin 1974 dont les termes sont demeurés inchangés dans le Protocole du 11 avril 1980 tandis que le vendeur

⁹⁶⁰Cour Suprême de Côte d'Ivoire • Arrêt du 15/03/2007, arrêt n°132/07, Aff. : Société SIFCA-SA C/ BAMBA Youssoufou ; Actualités juridiques n° 57, p. 150. Voir également, Ohadata.J-09-295.

⁹⁶¹ Article 16 de l'AUDCG.

⁹⁶²Op.cit, note n° 425.

guinéen peut demander l'application de l'AUDCG afin de déclarer son adversaire irrecevable en ses demandes et se libérer.

Supposons également une vente entre une entreprise béninoise et une entreprise égyptienne. L'Égypte a ratifié le Protocole du 11 avril 1980, le 6 décembre 1982. L'acheteur égyptien souhaiterait l'application de la CVIM et du Protocole du 11 avril 1980. Le vendeur béninois souhaiterait l'application de l'AUDCG.

Dans ces deux exemples, quel délai serait pris en compte ? A quel moment commence à courir le délai de prescription dans les deux textes matériels uniformes ?

La solution passe par l'application des règles de conflit. En effet, l'article 16 de l'AUDCG ainsi que d'autres conventions de droit matériel uniforme soumettent la prescription au droit qu'il affecte. Le vendeur étant le débiteur de la prestation caractéristique, l'action de l'acheteur sera soumise à la prescription biennale de l'article 301, alinéa 2 de l'AUDCG.

Par ailleurs, le calcul des délais de prescription diffère sensiblement entre les deux textes matériels. Aux termes de l'article 17 de l'AUDCG, le point de départ du délai de prescription court à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action tandis que l'article 9 de la Convention de New-York du 14 juin 1974 ainsi que du Protocole du 11 avril 1980 dispose que le délai de prescription court à partir de la date à laquelle l'action peut être exercée.

A la différence du Protocole du 11 avril 1980 qui ne distingue pas le délai de forclusion du délai de prescription, l'AUDCG quant à lui, fait une distinction entre ces deux modes d'extinction d'action.

L'article 17 de l'AUDCG compare le régime de la prescription à celui de la forclusion. La forclusion court dès la survenance de l'événement que la loi fixe comme point de départ de la forclusion⁹⁶³.

Enfin, les deux textes conventionnels prévoient des conditions d'interruption et de suspension qui seront appréciées conformément à la *lex fori*.

L'article 21 de l'AUDCG prévoit que la prescription ne court pas ou est suspendue à l'égard de celui qui est empêché. Dans ce cas, le cours de la prescription est arrêté sans que le délai déjà couru ne soit effacé.

⁹⁶³Op. cit, note n°923, p.70 à 71.

Quand à l'article 22 de l'AUDCG, il pose le principe de l'interruption de la prescription. Dans ce dernier cas, le délai de prescription est effacé. Un nouveau délai commence à courir.

Les actes qui interrompent la prescription sont cités à l'article 23 de l'AUDCG : il s'agit de la demande en justice, la reconnaissance de dette et l'acte d'exécution forcée tandis que l'article 13 de la Convention de New-York du 14 juin 1974 dispose que « *le délai de prescription cesse de courir lorsque le créancier accomplit tout acte qui, d'après la loi de la juridiction saisie, est considéré comme introductif d'une procédure judiciaire contre le débiteur. Il en est de même lorsque le créancier forme au cours d'une procédure déjà engagée une demande qui manifeste sa volonté de faire valoir son droit contre le débiteur* ».

De ce qui précède, les actes interruptifs de prescription sont appréciés au regard des règles de procédure civile ou commerciale internes du Tribunal saisi ou loi du for. Il en résulte que si la loi applicable à la prescription est la *lex contractus*, les actes interruptifs quant à eux sont appréciés au regard de la *lex fori*.

B Solution aux conflits relatifs au délai de prescription

Le conflit né consécutivement à la multiplication de conventions relatives à un même droit substantiel ne peut se régler qu'en se référant aux dispositions conventionnelles de chacune des conventions de droit matériel en conflit ou mettre en œuvre les règles de conflit traditionnelles de lois.

Il convient de rappeler que la convention de Vienne et ses conventions accessoires sont supplétives de volonté. Dans un tel cas, la Convention de New-York du 14 juin 1974 et le Protocole du 11 avril 1980 peuvent s'effacer au profit de l'œuvre d'unification régionale, d'une part.

D'autre part, en l'absence de choix de conventions, il conviendrait de mettre en œuvre la règle de conflit traditionnelle afin de déterminer la convention applicable.

L'AUDCG sera applicable dès lorsque le vendeur a sa résidence habituelle ou son siège social dans un État ayant ratifié l'AUDCG. Cette solution s'explique par le seul fait que la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de la Convention de New-York du 14 juin 1974 et de l'AUDCG que l'interruption de la prescription est appréciée par rapport à la loi du tribunal saisi. Cette disposition est également reprise par le code des obligations civiles et commerciales du

Sénégal, qui en son article 219 dispose que « *l'aveu même tacite du débiteur, le commandement de payer, l'exécution forcée et la citation en justice, interrompent la prescription* ».

En application de ces dispositions, la CCJA a jugé qu'un commandement de payer ou une saisie interrompent la prescription⁹⁶⁴. Il en a été ainsi également dans deux arrêts rendus par les Cours d'appel d'Abidjan⁹⁶⁵ et d'Ouagadougou⁹⁶⁶ qui ont jugé que la signification d'une ordonnance d'injonction de payer constitue un acte interruptif de la prescription. Ces arrêts confirment que la suspension ou l'interruption de la prescription sont soumises à la *lex fori*.

A cet égard, il est tentant de soumettre la prescription à la *lex fori* qu'il faudra néanmoins dépasser et adopter le rattachement de la prescription à la loi qui régit le litige au fond.

⁹⁶⁴ CCJA, 17 juin 2002, n°20 ; Juriscope. org; Ohada.com/ohadata J-4-381. Voir également, Ohada, Traité des actes uniformes commentés et annotés, 4ème éd. Juriscope 2012, p.252.

⁹⁶⁵ C.A Abidjan, 15 avril 2005, n°436, Traité des actes uniformes commentés et annotés, 4ème éd. Juriscope 2012, p.252.

⁹⁶⁶ C.A Ouagadougou, 19 juin 2009, n°038, inédit ; Traité des actes uniformes commentés et annotés, 4ème éd. Juriscope 2012, p.252.

SECTION II DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA PRESCRIPTION INTERNATIONALE

La procédure civile ou commerciale internationale; c'est-à-dire les règles qui président à la structure et au déroulement, devant un tribunal étatique, d'un procès civil ou commercial comportant un élément d'extranéité; est soumise à la loi du tribunal saisi, couramment dénommée « *loi du for* » ou « *lex fori* »⁹⁶⁷.

Si la compétence de cette loi est certaine, son application l'est moins, car elle suscite deux difficultés : la prescription est-elle un moyen de procédure ou une question de fond ?

Pour une partie de la doctrine, la procédure est la « *servante du fond* »⁹⁶⁸. Il en résulte inéluctablement que des éléments de fond peuvent apparaître dans les diverses phases du procès, dont « *la trame est tissée par des éléments de fond tout autant que par des actes de procédure* »⁹⁶⁹. En conséquence, il importe de procéder à une opération de qualification des règles du for : si ce sont des règles processuelles, le tribunal saisi doit les appliquer à titre de *lex fori* ; mais si ce sont des règles substantielles (dites souvent « règles de fond »), la loi du for cesse d'être applicable en tant que telle et le tribunal saisi doit rechercher, à l'aide d'une règle de conflit, la loi compétente sur le fond⁹⁷⁰.

Les rédacteurs de la Convention de New-York du 14 juin 1974 et de l'AUDCG ont suivi une partie de la doctrine en faisant de la prescription un moyen de procédure donc soumise à la *lex fori*, c'est à dire la loi du tribunal saisi, dans deux cas de figure :

- 1.1) la Convention prévoit la prolongation du délai dans l'hypothèse où le créancier accomplit contre le débiteur un acte introductif d'une procédure judiciaire. Pour savoir si l'acte accompli par le créancier constitue ou non un acte introductif de procédure judiciaire, on doit consulter la loi de la juridiction saisie (article 13 de la Convention de New-York⁹⁷¹ et article 23 de l'AUDCG).

⁹⁶⁷ Jurisclasseur Procédures civile et commerciale, 2001.

⁹⁶⁸ F.Terré : Rép. Dr. int. Dalloz, 1re éd., V° Action en justice, n°17.

⁹⁶⁹ H. Motulsky : Rép. Dr. int. Dalloz, 1re éd., V° Procédure civile et commerciale, n°58.

⁹⁷⁰ P. Mayer, Droit international privé : Montchrestien, 6ème éd. 1998, n°493 ; V. Également, Niboyet-Hoegy, « *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé* » : Économica 1986, n°574. – Comp. Holleaux, Foyer et Geouffre de La Pradelle, Droit international privé : Masson 1987, n°855.

⁹⁷¹ F. Hage-Chahine, « *La prescription extensive en DIP* », RCADI, vol.255, 1995, p.310

- 1.2) lorsqu'il s'agit de trouver une date de référence pour le mode de calcul du délai. L'article 28, alinéa 2, dispose que le délai est calculé par référence à la date du lieu où la procédure est engagée⁹⁷².

La qualification procédurale de la prescription doit être rejetée dans la mesure où celle-ci touche tout à la fois au droit et à l'action. En effet, l'article 1234 du code civil français fait de la prescription un mode d' « *extinction des obligations* » et l'article 2219 du même code énonce que la prescription est un moyen « *de se libérer par un certain laps de temps* », ce qui signifie qu'elle n'affecte pas seulement l'action⁹⁷³.

Aussi, des arrêts⁹⁷⁴ ont expressément écarté la qualification procédurale de la prescription.

En droit international privé français, la prescription extinctive d'une obligation est traditionnellement soumise à la loi qui régit celle-ci, loi du fond⁹⁷⁵, sauf convention internationale contraire⁹⁷⁶. Ce rattachement a été consacré par la Convention de Rome du 19 avril 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles⁹⁷⁷. Il a été également repris par le Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁹⁷⁸ qui mentionne « *les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration des délais* ».

La loi française du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile consacre ces principes en son article 1er, codifié à l'article 2221 du code civil lequel dispose, à propos du droit international privé, que « *la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle*

⁹⁷² Op cit, note n°975.

⁹⁷³ F. Hage-Chahine, « *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription* » : Dalloz, 1977, n°25s., spécialement n°30 et 42, qui voit dans la prescription une défense au fond ; La prescription extinctive en droit international privé: RCADI 1995, t.255, p.229s., n°44s. V. Également, Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, n°576.

⁹⁷⁴ CA Paris, 13 mars 1963: JDI 1964, p.103, note B.G.; Rev. crit. DIP 1963, p.547, note Bourel, affirmant que le délai de prescription est « *un élément indissoluble de la loi applicable au fond du droit et non une loi de procédure* ». V. Également, TGI Seine, 5 mars 1960: Rev. crit. DIP 1960, p.192, note Bourel, « *la prescription doit être considérée comme un élément indissociable du droit de l'obligation, beaucoup plus que comme une dépendance de celui de l'action* ». – CA Paris, 21déc. 1966: Rev. crit. DIP 1967, p.722, note Batiffol : la prescription « *touche au fond du droit* ».

⁹⁷⁵ Civ.1re, 7juin 1977, n° 75-15.058, Bull. civ. I, n° 267; Rev. crit. DIP 1978. 119, note Batiffol; JDI 1977. 879, obs. P. Khan.

⁹⁷⁶ Krajewski, Dalloz, Droit de la responsabilité et des contrats, 2010.

⁹⁷⁷ Conv. Rome, 19 juin 1980, art.10, §1 d.

⁹⁷⁸ Règlement Rome I, art.12, §1 d.

affecte »⁹⁷⁹.

Quand à l'article 25 de la Convention de New York du 14 juin 1974, il dispose « *qu'aucun droit n'est reconnu ni rendu exécutoire dans aucune procédure entamée après l'expiration du délai de prescription* ». Pour les rédacteurs de la convention, la prescription éteint le droit et non seulement l'action.

La Convention de New-York du 14 juin 1974 contient donc des points de rapprochement avec le système des pays qui qualifient la prescription de question de fond et celui des pays qui en font une question de procédure⁹⁸⁰.

S'agissant du droit OHADA, il a intégré la prescription dans l'AUDCG. Ce faisant, ses rédacteurs ont soumis la prescription au droit applicable au fond. Ainsi, la prescription générale fixée par les articles 16 et suivants de l'AUDCG relève du droit substantiel OHADA de la vente commerciale et non du droit processuel des États membres. Cet article précise expressément qu'il ne s'applique que si l'obligation dont l'extinction est en cause est elle même soumise à l'AUDCG. Il en résulte que cette disposition ne s'applique pas aux ventes commerciales qui ne sont pas soumises au droit OHADA. Sur le plan du droit international privé, cet article rattache la prescription à la loi applicable au fond.

Enfin, l'article 218 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal soumet la prescription au droit applicable au fond en ce qu'il précise que « *l'inaction du créancier pendant le délai fixé pour la prescription extinctrice libère le débiteur de son obligation* ».

C'est donc sous ce nouvel éclairage qui tient compte du pluralisme des méthodes et des sources de droit qu'il convient d'entreprendre l'étude de la détermination de la loi applicable à la prescription (**Paragraphe I**) avant d'examiner les difficultés d'application que soulève le traitement juridique de la prescription en droit international privé (**Paragraphe II**).

⁹⁷⁹Op. cit, note n°977, V. Également, B. Fauvarque-Cosson, A. Jérôme François, Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, Dalloz, 2008; H. Fulchiron, C. Nourissat, E. Treppoz, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, 4^e éd. 2009, p.59.

⁹⁸⁰Op cit note n°977.

Paragraphe I Les perspectives de l'OHADA en matière de prescription

Le droit international privé de l'OHADA de la prescription et de toutes les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai repose sur deux principes : le rejet de la *lex fori* (I) et le rattachement de la prescription à la loi qui régit le litige au fond (II) et subsidiairement sur l'application des Principes Unidroit contenus dans le Projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats (III) .

I L'AUDCG rejette la *lex fori* en matière de prescription

La soumission de la prescription à la compétence de la loi du for en droit international privé comporte de sérieux inconvénients⁹⁸¹. En effet, cela permet au demandeur, à chaque fois qu'il dispose d'une option de compétence entre les tribunaux de plusieurs États, de saisir le Tribunal dont la loi prévoit le délai de prescription le plus long et de modifier ainsi, par sa seule habileté, la situation du débiteur⁹⁸². La solution encourage donc le *forum shopping*⁹⁸³.

Aussi pour mettre fin au *forum shopping*, la Cour de cassation française affirma avec autorité dans l'arrêt Patino du 15 mai 1963 que « *la mise en œuvre de la nullité encourue (...) et notamment la prescription de l'action destinée à la faire valoir forment avec l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble indissociable soumis à une loi unique* »⁹⁸⁴. En conséquence, la prescription de l'action en nullité relève de la loi de la condition transgressée.

Dans une autre espèce, la Cour de cassation française avait, par un arrêt du 11 juillet 1928, soumis la prescription de l'action en rescision pour lésion dans un partage de société à la loi du partage⁹⁸⁵.

Ces décisions de la Haute juridiction française ont été appuyées par la doctrine. En effet, le Pr. Motulsky a condamné l'application de la *lex fori* et dénoncé l'atteinte qui risquait d'être ainsi portée à la stabilité du droit substantiel⁹⁸⁶.

Tirant les enseignements de la riche jurisprudence française en matière de prescription, les rédacteurs de l'AUDCG ont clairement affirmé à l'article 16 dudit acte que la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte.

⁹⁸¹ B. Fauvarque-Cosson, « *La prescription en droit international privé* », Travaux du Comité Français de droit international privé, année 2002-2004. Éditions Pédone, Paris 2005, p.239.

⁹⁸² Op cit, note n°985.

⁹⁸³ B. Ancel, Yves Lequette, « *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* », 5ème éd., Dalloz 2006. spéc.p.345 38-39§15.

⁹⁸⁴ Cour de cassation, Ch.civ, 1ère section, 15 mai 1963 (deux arrêts). Rev. crit.1964, 532, note Paul Lagarde.

⁹⁸⁵ Op cit, note n°988.

⁹⁸⁶ H. Motulsky, Rep.Dalloz dr .int. (1ère éd.), V Procédure civile et commerciale, n°43.

Dès lors, nous pouvons affirmer que l'AUDCG rejette la lex fori et par conséquent son application semble encore moins justifiée.

Des jurisprudences nationales ont affirmé cette solution en soumettant la prescription à l'AUDCG, notamment l'arrêt de la Cour d'appel du Littoral (Gabon) en date du 5 novembre 2012⁹⁸⁷ ainsi que l'arrêt de la CCJA en date du 17 juin 2002⁹⁸⁸ en ces termes « *Attendu qu'aux termes de l'article 18 (article 16 nouveau) de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes ».*

Une fois que nous avons écarté la vocation de la lex fori en droit OHADA, il nous faut nous assurer de la pertinence, en tous domaines, du rattachement à la loi qui régit la question au fond.

II L'AUDCG consacre le rattachement de la prescription à la loi qui régit la question au fond

De prime abord, la compétence de la loi du fond se justifie doublement.

D'abord en raison du lien étroit qui unit le délai et le droit qu'il réglemente⁹⁸⁹.

Ensuite parce qu'elle favorise l'harmonie internationale des solutions, la sécurité juridique (créancier et débiteur connaissent, dès la naissance de l'obligation la loi applicable à la prescription) et qu'elle évite le morcellement du rapport de droit⁹⁹⁰.

Le lien qui unit le délai au droit qu'il réglemente ne possède pas la même force selon les types de délais et les matières concernées. L'AUDCG soumet les déchéances et délais préfix à la loi du fond dans la mesure où ils constituent un élément du régime du droit. Ainsi, par exemple, la forclusion biennale en matière de vente commerciale prévue à l'article 301 de l'AUDCG est soumise à la loi applicable au fond. Dans le même ordre d'idées, la forclusion annale en matière de non-conformité prévue à l'article 259 de l'AUDCG ou de transport de marchandises est soumise à la loi au fond. Il en est également ainsi de la prescription annale en matière de garantie donnée par le vendeur, visée par les articles 302 et 259 de l'AUDCG.

⁹⁸⁷ C. Appel du Littoral, arrêt n°168/CC du 5 novembre 2012, Société SATKARTAR (SKT) c/Madame GWENANG, Irène Melanie, Ohada? J-14-18.

⁹⁸⁸ CCJA, 17 juin 2002, n°20, E.A.J.C.I c/G, Le juris Ohada, n°3/2004, juillet-Octobre 2004, note Brou Kouakou Mathurin; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n°3, Janvier-Juin 2004, p; 69.

⁹⁸⁹ R. Dayant, Rep. Dalloz, 1969, V° Prescription civile, n°34 « *la prescription apparaît comme une réglementation des droits des parties, dont elle fixe l'étendue et la durée; elle touche au paiement et à la preuve du paiement. Il est donc logique et conforme à la nature de la prescription de soumettre celle-ci à la loi qui régit le contenu de l'obligation* ».

⁹⁹⁰ Op. cit, note n°993.

La jurisprudence de la CCJA est pauvre en la matière. Un seul arrêt de la CCJA a appliqué le principe de la prescription biennale de l'AUDCG⁹⁹¹. Toutefois, la jurisprudence française nous fournit des exemples d'application de la loi au fond en matière de prescription internationale.

Ainsi, l'arrêt Silvia, du 25 juin 1957 affirmait que la sanction d'une incapacité « *notamment le délai d'exercice de l'action en nullité sont soumis à la loi personnelle* »⁹⁹². Quand bien même cet arrêt est rendu en matière d'état et de capacité, il rejoint l'arrêt précédemment rendu par la Cour de cassation, le 11 juillet 1928, aux termes duquel elle avait soumis la prescription de l'action en rescision pour lésion d'un acte de partage à la loi régissant ce partage⁹⁹³.

En revanche, la détermination de la loi applicable à la prescription des créances est beaucoup plus controversée. L'AUDCG ne précise pas le délai de prescription de créances en matière de vente. En effet, son article 268 dispose que « *l'acheteur doit payer le prix à la date convenue et ne peut subordonner son paiement à une démarche du vendeur* ». Cependant, l'article 267, alinéa 2 de l'AUDCG donne la possibilité aux parties de prévoir que l'acheteur n'est tenu de payer le prix qu'après avoir été mis en mesure d'examiner les marchandises. Ce qui a fait dire à la doctrine que la détermination de la loi applicable à la prescription des créances est insoluble⁹⁹⁴.

Pourtant, depuis, 1971, cette question a été résolue, en France, au profit de la loi du fond. Elle paraît couler des jours d'autant paisibles que la solution retenue a reçu le soutien du droit communautaire européen. En effet, l'article 10 de la Convention de Rome devenue Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles soumet « *les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai* » à la loi du contrat.

La justification que l'on a donnée à la compétence de la loi du fond tient dans une analyse de la nature de la prescription : celle-ci serait avant tout un moyen d'éteindre la dette et ferait donc partie intégrante du régime de l'obligation. C'est pourquoi, elle doit relever de la loi qui régit l'obligation, autrement dit de la loi du fond⁹⁹⁵.

Il convient de relever que d'autres rattachements avaient été adoptés, en particulier le domicile du débiteur. Pour les contrats, la doctrine avait défendu ce rattachement au motif que la localisation de l'obligation au domicile du débiteur paraissait la mieux à même de refléter cet impératif de

⁹⁹¹Op. cit, note n°993.

⁹⁹²Cass.civ, 25 juin 1957, Grands arrêts de droit international privé, n°29.

⁹⁹³Civ. 11 juillet 1928, S.1930, I, p.217, note Niboyet : Clunet 1931. 389.

⁹⁹⁴Op. cit, note n°977.

⁹⁹⁵G. Wiederkehr, « *Conflits de lois dans le temps et dans l'espace en matière de prescription* », Revue Lamy droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.90.

protection. Cette argumentation n'est pas convaincante dans la mesure où la prescription n'a pas pour seul objet la protection du débiteur et qu'en outre, le domicile du débiteur n'est pas un rattachement approprié en matière contractuelle, loin s'en faut : ce rattachement conduit trop souvent à l'application de la *lex fori*⁹⁹⁶. C'est ainsi que par un arrêt rendu le 31 janvier 1950, la Cour de cassation française a condamné la thèse selon laquelle la prescription, mécanisme de protection du débiteur, est soumise à la loi du domicile en relevant que la prescription « *ne pouvait être arbitrairement dissociée des autres stipulations du contrat et soustraite à la compétence de la *lex contractus** »⁹⁹⁷. Cette solution a été confirmée par les arrêts Société des tabacs et allumettes et Lloris aux termes desquels, la Cour de cassation a jugé que « *la prescription extinctive d'une obligation est soumise à la loi qui régit celle-ci* »⁹⁹⁸.

Quand à l'AUDCG, il a unifié le délai de prescription et le droit d'action afin d'instaurer une meilleure sécurité juridique et une prévisibilité mieux assurée. Pour ce faire, il a soumis la prescription à la loi au fond.

Ainsi, si les parties ont choisi de soumettre leur contrat à l'AUDCG, toutes les actions découlant de ce contrat seront soumises à ce droit, qu'il s'agisse de la prescription ou les contraventions au contrat ou le recouvrement des créances. Ce sont les mêmes règles et, notamment le même délai de prescription, qui ont vocation à jouer⁹⁹⁹. L'AUDCG traite de la prescription comme un élément de l'organisation du contrat qu'il régit.

A ce titre, comme les Principes Lando¹⁰⁰⁰, il présente la prescription résolument comme une institution de droit substantiel, car elle ne limite pas seulement le droit d'agir. Il en est également ainsi du code civil du Québec qui prévoit en son article 3131 que « *la prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige* »¹⁰⁰¹.

En conséquence, pour les besoins du droit international privé, la prescription est rattachée au fond du litige ou, mieux encore, elle est régie par le droit applicable au fond.

⁹⁹⁶Op.cit, note n°993.

⁹⁹⁷Civ, 31 janvier 1950, Banque de Petrograd, D.1950.216, note Cœurs-de-pigeon S.1950.1.121, note Niboyet, JCP 1950.II.5541, note Will, Rev. Rit1950.415, note Anomale.

⁹⁹⁸Civ.1, 21 avr.1971, Rescrit1974, note P. Lagarde, JCP 1971. II. 16825, note P. Lebel.

⁹⁹⁹Voir, C. Witz, « *La prescription extinctive dans les instruments d'uniformisation du droit* », Revue Lamy -Droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.97 et s.

¹⁰⁰⁰Il s'agit des Principes du droit européen du contrat issus de la Commission présidée par le Professeur Olé Landau.

¹⁰⁰¹S. Marguillierie, « *La prescription extinctive en droit français- Regard d'une juriste québécoise* », Revue Lamy -Droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.101 et s.

Étroitement circonscrit dans l'espace, l'AUDCG n'a pas été ratifié par tous les États du monde. C'est pourquoi, les codifications doctrinales dépourvues de force obligatoire mais dotées d'une force persuasive ont vu le jour afin de régir le contrat ou de combler les lacunes du droit matériel ou national choisi par les parties conformément à l'autonomie de la volonté.

III Les principes d'Unidroit applicables à la prescription

La possibilité pour les cocontractants de choisir les principes Unidroit ou les principes du droit des contrats du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats en tant que loi applicable à leur contrat divise la doctrine africaine¹⁰⁰². En effet, le recours aux principes généraux du droit n'est possible que pour combler les lacunes des Actes uniformes¹⁰⁰³. En outre, les contractants ne peuvent y recourir que sous réserve des dispositions d'ordre public et impératives de l'État où le contrat doit être exécuté(A) ou du droit uniforme OHADA (B).

A Les principes d'Unidroit et les dispositions impératives et d'ordre public interne

Les principes Unidroit et les principes du droit européen du contrat¹⁰⁰⁴ et le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats¹⁰⁰⁵ contiennent des dispositions détaillées sur la prescription, intégrées dans une partie relative au régime général des obligations.

Les parties pourraient être incitées à s'y reporter : complètes, précises, mesurées, ces règles reflètent les grandes tendances internationales du moment et permettent d'éviter les difficultés liées au choix de la loi applicable ainsi qu'à l'établissement de son contenu¹⁰⁰⁶.

Avant tout examen au fond de ces textes, il convient de se demander comment cette nouvelle voie s'articule avec la méthode conflictuelle classique, les dispositions d'ordre public interne ainsi que les lois de police.

Si rien ne s'oppose à ce que les parties soumettent leur contrat de vente commerciale, en l'absence de loi applicable ainsi que ses contraventions, aux principes Unidroit, c'est sous la réserve des droits étatiques qui conservent encore un rôle dans la mise en œuvre des principes.

¹⁰⁰²G. Paolo Romano, « *Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives* », Journal du droit international, JDI, n°2, avril 2007, docte 6.

¹⁰⁰³ Voir notre Titre I.

¹⁰⁰⁴G. Souchette, I. de Tabletterie, D. Vallon, C. Witz, « *Principes du droit européen du contrat* », coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée 2003.

¹⁰⁰⁵Un avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats a été rédigé par le Pr. Marcel Fontaine en 2006 et non entré en vigueur mais qui est aujourd'hui tombé dans les oubliettes.

¹⁰⁰⁶Op. cit, note n°993.

En effet, l'admission des principes signifierait que la règle de droit international privé du for accepte de conférer elle-même aux clauses convenues un caractère obligatoire.

De manière générale, les droits africains disposent que les parties ne peuvent pas, par des conventions particulières, déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En d'autres termes, les principes ne doivent pas heurter l'ordre public interne et les dispositions impératives de l'État où le contrat doit être exécuté.

A cet égard, l'article 76 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose que « *le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Il en résulte de manière générale que le contrat ne peut porter sur une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

S'agissant de la prescription, ce même code dispose qu'elle libère le débiteur du fait de l'inaction du créancier. Elle est donc nécessaire à l'ordre social¹⁰⁰⁷. Elle fait ainsi naître le droit de considérer que, passé un certain nombre d'années, la créance est éteinte. Plus généralement, l'institution préserve l'intérêt général et la paix sociale, lesquels supposent que des demandes en justice ne puissent pas être indéfiniment introduites¹⁰⁰⁸.

Toutefois, l'article 221 du même code dispose que « *le juge ne peut l'(la prescription) opposer d'office* ». Il prévoit, en outre, qu'on peut aménager de façon conventionnelle la prescription. Il en résulte que la prescription n'est pas d'ordre public.

L'articulation des Principes avec les règles étatiques internes n'est pas aisée. Le Régime général des obligations du Mali considère certains moyens de prescription comme impératif.

Il en va ainsi de l'article 260 du RGO du Mali qui dispose que : « *lorsque la loi oblige à agir dans un certain délai dit préfix pour acquérir ou conserver un droit, ce délai ne peut être ni interrompu, ni suspendu sauf disposition légale contraire* ». La rédaction de cet article ne laisse aucun doute sur la nature du délai préfix. Ce délai est d'ordre public. Il ne peut être ni interrompu ni suspendu. En effet, en procédure civile, le délai préfix est un délai dont la méconnaissance constitue une fin de non recevoir, entraînant la perte du droit d'agir en justice. Dans ce cas, le tribunal juge, sans examen au fond, que la demande est irrecevable.

¹⁰⁰⁷B. de Proeameneu, Frenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XV, p. 573, 1827. Pour d'autres déclarations dans ce sens, notamment de nov Sauvignon et J. Tory, V. R. Impermanence, *Op. cit.*, p.64-65.

¹⁰⁰⁸*Op. cit.*, note n°993.

Cette disposition du RGO du Mali s'inscrit dans la logique de l'article 121 du code de procédure civile commerciale et sociale du Mali qui dispose que « *Les fins de non recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours, ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* » étant entendu que l'article 118 du même code classe la prescription (ainsi que les délais préfix) parmi les fins de non-recevoir.

Enfin, l'article 793, alinéa 2 du code civil guinéen fait de la prescription extinctive une disposition d'ordre public en ce qu'il dispose que « *Le principal intérêt est d'ordre public, il est juste afin d'éviter d'interminables discussions, de faire disparaître au bout d'un certain temps toute réclamation quelle qu'elle soit sur des droits que leur titulaire néglige d'exercer* ».

Ces dispositions ne sont pas liées au fond, mais aux impératifs qui régissent la prescription elle-même.

Après avoir examiné, l'admission des principes Unidroit en tant que *lex contractus* applicable à la prescription, il conviendra d'apprécier l'admission des principes Unidroit au regard de l'ordre public OHADA.

B Les principes d'Unidroit et les dispositions impératives issues de l'AUDCG

Les principes Unidroit sont considérés comme des règles de droit non étatiques, c'est-à-dire qu'ils ne sont l'émanation d'aucun État spécifique. L'interprète ne peut les appliquer que lorsque les parties se sont expressément référées à eux ou lorsqu'ils viennent combler les lacunes d'un droit national ou d'une convention de droit matériel. Dès lors, leur admission dans le droit substantiel OHADA pose le principe de leur articulation avec les dispositions impératives ou d'ordre public de ce droit uniformisé.

A cet égard, il convient de relever que les rédacteurs de l'AUDCG ont écarté les dispositions controversées d'ordre public en matière de prescription¹⁰⁰⁹ dans la mesure où les parties peuvent conventionnellement abréger ou allonger le délai de prescription sans qu'il ne soit inférieur à six mois ou supérieur à dix ans¹⁰¹⁰.

On peut se réjouir que le législateur OHADA ait saisi l'occasion de la réforme de l'AUDCG du 15 décembre 2010 pour apporter certaines précisions. Ces dernières sont très importantes, dans la

¹⁰⁰⁹D. Tricot, « *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA, la prescription* », Droit & Patrimoine, n°201, mars 2011, p.70.

¹⁰¹⁰L'article 29 de l'AUDCG dispose que « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* ».

mesure où l'interdiction faite au juge de suppléer d'office le moyen de la prescription entre en collision avec les dispositions des codes de procédure civile de certains États membres de l'OHADA selon lesquels « *les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* », étant entendu que ces mêmes codes classent la prescription (ainsi que les délais préfix) parmi les fins de non-recevoir¹⁰¹¹.

Ainsi l'article 29 de l'AUDCG en renforçant le pouvoir des parties d'aménager conventionnellement la prescription, en fait en principe une institution d'intérêt privé.

Actuellement, le choix des principes en tant que système de droit se heurte à l'interdiction des contrats sans droit. Il existe néanmoins une controverse sur la portée de cette interdiction lorsque les parties ont désigné les principes : le juge doit-il réputer non écrite leur clause de choix et appliquer la loi étatique objectivement désignée ? Où bien doit-il rechercher si la *lex contractus* applicable selon les critères objectifs de l'AUDCG autorise l'incorporation au contrat des règles contenues dans les principes.

La jurisprudence française était hostile au contrat sans loi. La Cour de cassation avait jugé, dans l'affaire des Messageries maritimes que « *tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État* »¹⁰¹². Le Règlement Rome I exclut implicitement la possibilité de soustraire le contrat à toute loi étatique puis, lorsque les parties n'en ont pas choisi une, le juge doit rechercher et appliquer celle du pays que désigne un critère ou un faisceau de critères objectifs¹⁰¹³.

Quoi qu'il en soit, dans le Règlement Rome I, la condamnation du contrat sans loi doit être comprise comme imposant l'application d'une loi étatique¹⁰¹⁴. Faut-il en conclure qu'une clause par laquelle les parties auraient choisi les Principes Unidroit ou la *lex mercatoria* serait nulle ? La doctrine dominante pense qu'elle ne dispenserait pas le juge de rechercher la *lex contractus* étatique applicable selon les critères objectifs subsidiaires au principe d'autonomie; cette loi préciserait ensuite dans quelle mesure elle autorise l'incorporation au contrat des règles contenues dans les Principes Unidroit ou dans la *lex mercatoria*¹⁰¹⁵.

La jurisprudence de la CCJA ne nous renseigne pas sur l'application des principes Unidroit à

¹⁰¹¹ Nous avons cité le cas du Mali et de la Guinée qui font de la prescription à la fois un moyen de défense au fond et une fin de non-recevoir qui doit être relevée d'office par le juge. La contradiction est de taille. Elle désoriente le plaideur et l'interprète.

¹⁰¹² Cass.civ, 21 juin 1950, Rev. crit. DIP 1950-609, note Batiffol, JCP, 1950.II 5812, note J.ph. Levi.

¹⁰¹³ C.A Angers, 18 mai 1989, Rescrit DIP 1990-501, note Vincent Heuzé.

¹⁰¹⁴ P. Mayer et V. Heuzé, « Droit international privé », 10ème éd. Montchrestien, 2010, p.545, spéc.703.

¹⁰¹⁵ Op cit, note n° 1018.

l'exception d'un arrêt en date du 19 juillet 2007 qui a appliqué la *lex mercatoria* comme droit applicable au fond du litige¹⁰¹⁶. La difficulté ici est que ce corps de règle est essentiellement lacunaire, et crée la tentation pour le juge d'inventer lui-même la règle applicable en l'imputant à la *lex mercatoria*. Toutefois, on peut se demander si le temps n'est pas venu pour la CCJA de se prononcer sur l'interdiction ou l'assouplissement du contrat sans loi, au moins lorsque les parties désignent les principes Unidroit.

Nous ne pouvons voir dans l'avant projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats qu'une esquisse à l'adoption du contrat sans loi. En effet, les Principes Unidroit permettent au juge, certes privé du modèle des règles substantielles légales, de se référer à un autre modèle, particulièrement adapté car d'inspiration internationale¹⁰¹⁷. En outre les Principes Unidroit sont utilisés dans l'arbitrage que le droit OHADA a érigé comme mode de règlement de litiges. Aussi, il n'est pas cohérent d'interdire aux parties ce qu'elles peuvent obtenir, indirectement, par la voie de l'arbitrage, car le juge de l'exequatur n'exerce pas de contrôle de la loi appliquée¹⁰¹⁸.

Enfin, il souffle à l'étranger, un vent en faveur du contrat sans loi¹⁰¹⁹. En effet, les dispositions du UCC ont été modifiées, tout récemment : le nouveau §1-301 admet désormais le contrat sans loi pour les contrats internationaux. Il en est également ainsi des articles 9 et 10 de la CIDIP, Convention inter-américaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Convention de Mexico du 17 mars 1984) qui permettent aux juges d'appliquer d'autres règles que celles issues de lois étatiques et, notamment de solliciter la *lex mercatoria*.

Dans cette logique, l'AUDCG doit permettre aux parties de recourir aux principes dont il s'inspire non seulement pour compléter ses dispositions mais aussi combler ses lacunes. Parmi ces principes figurent les usages, la *lex mercatoria*¹⁰²⁰ et plus récemment les principes du droit des contrats contenus dans le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats, largement inspirés des Principes Unidroit. Mais pour ce qui est de la nature véritable de la prescription, il faut convenir

¹⁰¹⁶CCJA, 19 juillet 2007, n°029/2007, *Té Ivoirienne de Raffinage*, SIR Tenant 2009, n°867, p.236, note B. Allodiale.

¹⁰¹⁷Op cit, note n° 993. spéc. p.248.

¹⁰¹⁸Op cit., note n°993.

¹⁰¹⁹Tout récemment, les dispositions du UCC ont été modifiées : le nouveau § 1-301 admet désormais le contrat sans loi pour les contrats internationaux (mais non inter-étatiques) ; pour justifier cette situation, le commentaire vise précisément ces codifications doctrinales récentes. Vaussi les articles 9 et 10 de la CIDIP. V, convention inter-américaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Convention de Mexico du 17 mars 1984) qui permettent aux juges d'appliquer d'autres règles que celles issues de lois étatiques et, notamment, de solliciter la *lex mercatoria*, Rev. Rit 1995, p.173.

¹⁰²⁰ CCJA, 19 juillet 2007, n°029/2007, *Té Ivoirienne de Raffinage*, SIR Tenant 2009, n°867, p.236, note B. Allodiale.

qu'en réalité elle est hybride. Ainsi, si l'article 16 de l'AUDCG paraît consacrer l'appartenance de la prescription au fond, l'article 27 la rattache à l'action en disposant que « *le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré* ».

Même si l'article 16 de l'AUDCG n'en dit rien, il reste certain que la loi du fond, selon sa teneur, peut se trouver évincée par l'intervention de la notion d'ordre public international. Cette situation ayant été consacrée par une jurisprudence française selon laquelle la loi étrangère désignée par la règle de conflit ne peut s'appliquer à l'encontre de la règle française de suspension de la prescription contre les mineurs non émancipés¹⁰²¹. On peut ainsi envisager que l'ordre public international de l'OHADA s'opposerait à l'application d'une loi étrangère prévoyant une prescription d'une durée plus longue que celle qu'il prévoit.

Il existe dans l'AUDCG, deux logiques en apparence antinomiques qui s'affrontent : celle des conflits de lois, qui vise la coordination des systèmes (au niveau national), et celle du droit matériel, qui recherche l'unification des normes substantielles. C'est le pluralisme des méthodes en droit international privé dont il résulte que l'AUDCG n'est pas prêt de supplanter la méthode des conflits de lois.

¹⁰²¹ Cas.1ère civ, 21 mai 1979, n°77-15.556, Bullaire.1, n°99.

Paragraphe II Les difficultés d'application de la méthode conflictuelle

Les voies du droit sont multiples¹⁰²². L'exemple de la prescription en droit OHADA l'illustre à sa façon. Même relayée par la voie matérielle, la méthode conflictuelle a encore de beaux jours devant elle car le procédé des règles matérielles demeurera toujours incomplet. Dans ce contexte pluraliste, l'examen des difficultés que soulève le traitement juridique de la prescription en droit OHADA doit être mené sur le double front de la méthode conflictuelle (I) et matérielle (II).

I Les difficultés propres à la méthode conflictuelle dans l'espace OHADA

Les difficultés d'application propres à la méthode conflictuelle concernent aussi bien la désignation du droit applicable (A) que l'application du droit désigné (B).

A La désignation du droit applicable

Il existe une série de questions, jamais débattues en droit OHADA de la prescription, et pourtant fort délicates.

La première concerne le cas où plusieurs règles de conflit sont applicables et désignent diverses *lex causae*. Il en est ainsi du cas où le litige porte tant sur la nullité en la forme du contrat que sur la prescription de l'action en paiement, et que la loi applicable à la forme ne coïncide pas avec la loi applicable au fond du contrat, laquelle de ces deux lois appliquer à la prescription ? Nous savons que l'article 240 de l'AUDCG énonce que le contrat de vente commerciale n'est soumis à aucune condition de forme. Cependant, le droit international privé de certains États membres de l'OHADA soumet indifféremment la forme du contrat à la loi du lieu de conclusion ou à la loi applicable au fond.

L'article 9, alinéa 3 du code civil de la Guinée dispose qu'« *un acte passé en pays étranger est valable en Guinée lorsqu'il a été rédigé suivant les formes de la Loi du lieu et ne contredit pas les principes essentiels de l'État guinéen* ». Ainsi les règles de forme qu'il convient d'observer sont en principe celles du lieu de conclusion de l'acte. En d'autres termes, la loi guinéenne soumet la forme du contrat à la loi du lieu de conclusion sous réserve des dispositions d'ordre public et des lois de police. Il en va autrement en droit international privé gabonais. En effet, l'article 57 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972 énonce qu'il appartient à la loi applicable aux conditions de fond de l'acte de déterminer « *si cet acte doit être passé, soit pour sa validité, soit pour sa preuve, en la*

¹⁰²²B. Fauvarque-Cosson, « *La prescription en droit international privé* », TCF DIP, année 2002-2004, Ed. Pédone, Paris, 2005, p.249 et s.

forme authentique ou en la forme sous seing-privé ». Il en résulte que la forme des actes est soumise à la loi de fond.

Les règles de droit international privé de ces deux pays aboutissent à des solutions contradictoires.

Dans le premier cas, le droit international privé guinéen renvoie la question de la forme à la loi du lieu de conclusion sans se prononcer sur la loi applicable au fond.

Il en résulte un morcellement du contrat que le droit gabonais condamne en soumettant la loi applicable à la forme à celle applicable au fond, dans le second cas. Le droit gabonais fait ainsi de la loi applicable à la forme et au fond un ensemble indissociable. La qualification substantielle de la loi applicable à la forme permet d'éviter le morcellement¹⁰²³.

Autre cas de figure : si l'action en nullité est fondée sur plusieurs causes (incapacité, vices du consentement) et que des lois différentes sont applicables, la prescription sera-t-elle alors rattachée à chaque cause de nullité. Là également, nous savons que l'AUDCG ne règle pas les questions de capacité et de vices du consentement. Ces questions sont réglées par le mécanisme de la règle de conflit¹⁰²⁴.

L'article 250 du Régime des obligations du Mali dispose que « *L'action en justice, les délais accordés par le juge, par la loi ou par le créancier, l'état d'incapacité légale, l'impossibilité d'agir dans laquelle s'est trouvé le créancier suspendent la prescription* ». Cette incapacité est appréciée au regard de la loi nationale du créancier tandis que la prescription est soumise au droit qui régit le contrat, conformément à l'article 247 dudit Régime¹⁰²⁵. Il en résulte inévitablement un morcellement des droits applicables à la capacité et à la prescription. Dans une telle situation quel est l'office du juge en matière de prescription? Dans la mesure où la prescription est régie par la loi applicable au fond, la règle de conflit relative à la prescription n'appelle pas de régime procédural spécifique et suit celui de la règle de conflit principale. En revanche, le juge doit soulever d'office le conflit de lois en matière de prescription dès lors que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits¹⁰²⁶. Mais comment concilier ce principe avec celui en vertu duquel, « *les juges ne peuvent pas suppléer d'office les moyens résultant de la prescription* ». Cette règle révèle que la

¹⁰²³P. Courbe, « *La prescription en droit international privé* », Mélanges D. Holleaux, Litec 1990, p.249 s. Voir également, Y. Lequette, « *Le renvoi de qualification* », Rep. Dalloz dr. Ont, n°53.

¹⁰²⁴ Voir notre Première partie, Titre I, Ch.I, Section I. § I.

¹⁰²⁵ L'article 247 RGO du Mali dispose que « *La prescription résulte de l'inaction du créancier pendant un délai fixé par la loi, qui libère le débiteur de son obligation* ».

¹⁰²⁶Op. cit, note n°993, spé.p.250.

prescription est un droit d'option dont seul bénéficie le débiteur qui l'invoque¹⁰²⁷. Dès lors, est-il logique, lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, d'obliger le juge à soulever d'office le conflit de lois et à appliquer la loi étrangère relative à la prescription? On peut légitimement envisager que l'ordre public des États membres de l'OHADA évincerait la loi étrangère qui ne saurait s'appliquer contre les mineurs non émancipés. Les droits nationaux africains instaurent une certaine incohérence : celle d'interdire au juge de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription et celle de lui imposer de relever d'office les délais préfix (d'autant que les critères de distinction entre les délais de prescription et délais préfix n'est pas clair)¹⁰²⁸.

B L'application du droit désigné

Les questions relatives au domaine de la loi désignée et de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public soulèvent des difficultés insoupçonnées dans l'AUDCG. Le domaine de la loi désignée est très général¹⁰²⁹. Il concerne la prescriptibilité de l'action, la durée du délai (point de départ, mode de calcul, interruption, effets de l'interruption, suspension du délai, etc.).

Par exemple, afin de déterminer si l'introduction d'une procédure en Guinée aura pour effet de suspendre ou d'interrompre la prescription au Sénégal, il conviendrait de se référer à la loi applicable à la prescription. Or il s'agit de l'une des causes les plus fréquentes de l'interruption de la prescription et l'on peut également se demander si, à ce propos, la loi du for sénégalais saisi doit se désintéresser de la question. Il est intéressant d'observer que le droit sénégalais prévoit le retour au droit sénégalais, en tant que *lex fori*, afin de déterminer le moment auquel le cours de la prescription est suspendu en raison de l'introduction de l'action en justice en ce que l'article 219 du code des obligations civile et commerciale dispose que « *L'aveu même tacite du débiteur, le commandement de payer, l'exécution forcée et la citation en justice, interrompent la prescription* ».

Les dispositions de l'article 23 de l'AUDCG renvoient à la *lex fori* pour apprécier les causes d'interruption de la prescription. Ces dernières viennent s'ajouter à celles prévues à l'article 21 dudit acte qui dispose qu' « *Elle (la prescription) est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à*

¹⁰²⁷ F. Hage - Chahine, « *Contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil* », Cours de DEA, 1987-1988, in Les cours de droit, p.62 s. L'auteur définit le droit d'option comme « *un droit subjectif qui confère à son titulaire le pouvoir d'opérer par un acte unilatéral de volonté et selon une alternative précise et prévisible, la mutation d'une situation juridique incertaine* ».

¹⁰²⁸ Voir op. cit, note n°997. Le code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali ne fait pas de distinction entre la prescription et le délai préfix.

¹⁰²⁹ Op. cit, note n°993.

défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de la conciliation ».

Supposons la mise en œuvre de la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable entre un commerçant guinéen et un commerçant sénégalais. Cette procédure suspend-elle la prescription? Cela n'est pas admis en droit sénégalais; mais la *lex causae*, c'est-à-dire l'AUDCG, droit applicable au fond l'admet. Le juge sénégalais est tenu d'appliquer la *lex causae* et constater la suspension de la prescription.

D'autres questions comme l'ordre public peut être invoqué afin d'écarter la loi étrangère qui prévoirait un délai exceptionnellement bref ou long prévu par certaines lois étrangères en matière de prescription tel que l'article 793, alinéa 2 du code civil guinéen.

En matière de prescription, le juge peut et doit user de l'exception d'ordre public international pour écarter la prescription excessivement longue ou brève. L'article 793 du code civil guinéen prévoit un délai de prescription de 30 ans. Le droit sénégalais prévoit un délai de prescription de droit commun de 10 ans tandis que l'article 301, alinéa 2 de l'AUDCG prévoit un délai de 2 ans en matière de prescription commerciale. L'acheteur guinéen veut faire appliquer le délai de 30 ans prévu par son droit tandis que le vendeur sénégalais veut appliquer le délai bref de 2 ans de l'AUDCG. Le juge sénégalais, est saisi. Quel délai appliquera-t-il? L'interprète doit-il refuser d'appliquer la loi étrangère, motif tiré du délai de forclusion biennal de l'OHADA ou de son droit interne? A partir du moment où l'État du for et l'État du fond ont ratifié l'AUDCG, l'interprète doit appliquer la convention matérielle.

Ces exemples illustrent certaines des innombrables difficultés liées à la mise en œuvre de la méthode conflictuelle dans l'AUDCG puisque la prescription est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte tandis que son interruption et sa suspension sont appréciées au regard de la *lex fori*. La solution de la méthode matérielle préconisée par les rédacteurs de l'AUDCG pour soumettre la prescription à la loi applicable rencontre de sérieuses difficultés qu'il convient d'examiner.

II Les difficultés propres à l'AUDCG

L'exemple de la prescription illustre les limites de l'AUDCG : champ d'application doublement restreint : matériellement **(A)** et géographiquement **(B)**. Il existe également des problèmes d'articulation avec d'autres conventions matérielles relatives à la prescription que nous avons étudiées précédemment.

A Le champ d'application matérielle limité de l'AUDCG

L'AUDCG ne règle pas tout, de sorte qu'il faudra bien, subsidiairement recourir à la méthode conflictuelle. Ainsi, bien qu'il existe dans l'AUDCG des règles matérielles relatives à la prescription qui précisent ses délais et ses points de départ, l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, ci-après AUCTMR utilise la méthode conflictuelle pour déterminer la loi applicable à l'interruption et aux autres causes de suspension ; ou bien encore pour savoir s'il y a dol ou faute équipollente au dol susceptible de prolonger le délai d'un an à trois ans en ce qu'il dispose en son article 25-1 que « *Toute action découlant d'un transport régi par le présent Acte uniforme se prescrit par un an à compter de la date de livraison ou, à défaut de livraison, de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée. Toutefois, dans le cas de dol ou de faute équivalente au dol, cette prescription est de trois ans* ».

L'AUCTMR ne définit pas la notion de dol ou de faute équipollente au dol. Il en résulte que ces cas seront déterminés par la *lex fori*¹⁰³⁰. En outre, l'article 23 de l'AUDCG désigne la *lex fori* pour déterminer si l'acte accompli par le créancier constitue ou non un acte introductif de procédure judiciaire susceptible de prolonger le délai.

L'AUDCG introduit des conditions de suspension du délai de forclusion alors que selon une jurisprudence constante les délais de prescription ne sont pas susceptibles de suspension¹⁰³¹, en ce que son article 23, alinéa 2 prévoit que « *la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription comme le délai de forclusion. Il en est de même lorsque la demande est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de la procédure. L'interruption produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance. Elle est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance ou si sa demande est définitivement rejetée* ».

Cette disposition reprend l'article 2241, alinéa 1 du code civil français issu de la loi du 17 juin 2008 et dès lors se pose la question de la date à laquelle on devrait se placer pour décider si la demande était recevable : doit-on se placer au jour de l'assignation, comme pourrait le prétendre l'acheteur, ou à la date du jugement qui avait renvoyé l'affaire devant le tribunal compétent, comme pourrait le soutenir le vendeur pour échapper à la demande?

La Chambre mixte de la Cour de cassation française a jugé, par un arrêt en date du 24 novembre

¹⁰³⁰Pour une analyse détaillée, voir op cit, note 157, spéc. p.316.

¹⁰³¹Cass., ass. plén., 14 janv.1977, 3 arrêts, Bull. Ass. Plén. n°1, JCP 1979. II. 19059, rapp. de Lestang, note Juglart et du Pontavice.

2006, que « *les dispositions générales de (l'article 2246 ancien du code civil) sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence* »¹⁰³².

En présence d'un texte aussi formel que celui de l'article 23, alinéa 2 de l'AUDCG, nous attendons que la CCJA se prononce. En réalité, la solution est moins évidente qu'il n'y paraît si l'on veut bien considérer que le bref délai de deux ans est un délai pour agir, c'est-à-dire un délai de forclusion dont la finalité est d'asseoir rapidement la sécurité d'une opération juridique comme la vente, en évitant sa remise en cause tardive pour une raison tenant à l'équilibre des prestations.

Nous émettons une réserve quant à l'application de l'article 23, alinéa 2 à la forclusion. En effet, cet article encourage les procédures dilatoires qui allongent inutilement le délai de prescription. Ainsi, le créancier de mauvaise foi peut multiplier les procédures dilatoires en saisissant des juridictions incompétentes afin d'empêcher le délai de forclusion de courir. Une telle procédure porterait atteinte à la sécurité de la vente commerciale internationale.

Par ailleurs, nous observons que l'AUDCG est supplétif de volonté¹⁰³³. Ce caractère a été affirmé dès les premiers mots du Livre VIII à l'article 239, alinéa 2 qui commence par l'expression « *Sauf convention contraire des parties (...)* ». Ce qui veut dire que les parties peuvent l'écarter au profit des usages. Ces derniers peuvent allonger ou abrégier le délai de prescription.

Enfin, même la Convention de New-York du 14 juin 1974 qui ne traite pourtant que de la prescription en matière de vente internationale de marchandises n'est pas parvenue à évincer complètement la méthode conflictuelle, laquelle resurgit inopinément à divers endroits¹⁰³⁴. Ainsi, d'après l'article 3, alinéa 3, la « *présente convention ne s'applique pas lorsque les parties ont expressément exclu son application* ». Cette disposition lui confère un caractère supplétif, par le mécanisme de l'opt out : les parties peuvent expressément ou tacitement exclure la convention pour qu'elle ne s'applique pas¹⁰³⁵. Quelle loi l'interprète doit-il appliquer?

La Convention ne la précise pas. La solution dépendra donc du système juridique du for qui désignera soit sa propre loi, soit la loi du fond, laquelle devra alors se prononcer sur la validité des clauses relatives à la prescription.

¹⁰³²Cass. Ch. mixte, 24 nov. 2006, n°04618.610, RTD civ, 2007. 175, observations Perrot.

¹⁰³³Pour une étude détaillée, voir op. cit, note n°469, p.76.

¹⁰³⁴Op. cit, note n°993, spéc.p.250., spéc. p.254.

¹⁰³⁵Op cit, note n° 993, spéc. p.254.

B Le champ d'application territoriale restreint de l'AUDCG

Le champ d'application restreint de l'AUDCG favorise le recours aux règles de conflit¹⁰³⁶.

En effet, l'AUDCG n'a été ratifié que par dix-sept États africains. Il a été modifié et adopté le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo avant d'être publié au Journal officiel de l'OHADA, le 15 février 2011. Cette modification n'a pas suscité un grand engouement auprès des États africains puisqu'à l'exception de la République Démocratique du Congo (RDC) aucune autre adhésion n'a été enregistrée à ce jour.

Le droit commun de la vente commerciale de marchandises dans ces dix sept États membres est et demeure l'AUDCG, sauf convention contraire des parties¹⁰³⁷. Il en résulte que son champ d'application spatiale est limité.

En outre, l'AUDCG n'ayant qu'une vocation régionale, le recours aux règles de conflit de lois s'avère nécessaire dès lors que les parties n'appartiennent pas au même espace géographique. Il en est également ainsi en l'absence de choix de loi applicable à leur relation contractuelle. Cette situation n'est pas nouvelle en droit international privé. En effet, la Convention de New-York signée en 1974, entrée en vigueur le 1er août 1988, n'a été ratifiée que par dix-sept États¹⁰³⁸. Un protocole du 11 avril 1980 portant modification de la convention a été proposé à l'adhésion des États en vue d'harmoniser les textes et résoudre les difficultés d'articulation entre cette convention et la CVIM, élaborée le 11 avril 1980 par les Nations-Unies¹⁰³⁹. Comme nous l'avons relevé supra¹⁰⁴⁰, tous les États qui avaient ratifié la convention n'ont pas ratifié le protocole ; ce qui n'a fait que compliquer les choses.

¹⁰³⁶Voir Partie II, Titre I, Section I, § II, II.

¹⁰³⁷Voir l'article 239, alinéa 2 de l'AUDCG.

¹⁰³⁸Voir V. Heuzé, « *La vente internationale de marchandises* », LGDJ, février 2000, p.124. Voir également, op cit, note n°449, spé. p.255.

¹⁰³⁹Voir notre Partie II, Titre I, Section I, § II, II.

¹⁰⁴⁰Op cit, note n°1036.

Si la réglementation matérielle de la prescription par voie conventionnelle présente un avantage incontestable pour les pays en voie de développement, elle n'est sans doute pas la plus adaptée. La prescription dans l'AUDCG est éclatée. Il existe plusieurs délais. Ce qui encourage l'arbitraire et l'incertitude alors que le commerce international a besoin de célérité et de clarté. Aussi est-on enclin à se tourner vers la voie alternative des codifications doctrinales tels que les Principes Unidroit ou les principes du droit des contrats contenus dans le projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats que nous avons développés supra.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'AUDCG relatif à la prescription a fait perdre aux droits africains leurs aspérités qui les rendaient si difficiles d'accès pour les juristes étrangers. Ces derniers n'auront plus à se débattre pour savoir dans quel délai leur action sera prescrite.

Le dialogue entre les juristes africains et ceux des autres continents sera désormais plus aisé lorsqu'ils discuteront de questions touchant à la vente internationale, matière qui est au cœur des échanges internationaux.

Les rédacteurs de l'AUDCG, en prenant appui sur le code des obligations civile et commerciale du Sénégal, les Principes Unidroit, le droit français des obligations ainsi que la CVIM et de ses conventions accessoires relatives à la prescription, ont traduit l'ouverture du droit OHADA aux influences extérieures et aux grands courants d'idées qui font fi des frontières. Nous assistons actuellement à une globalisation de la pensée juridique, dans tout domaine.

Et pourtant malgré le rapprochement indéniable des droits africains de la vente commerciale rendu possible par l'adoption de l'AUDCG, ce dernier garde sa spécificité. Ainsi le souci du renvoi systématique dans certains cas aux normes nationales demeure une caractéristique profonde de la technique de l'AUDCG.

Cette technique du renvoi est une source de préoccupation majeure dans la mesure où certains droits nationaux demeurent pour la plupart vieillis et fait ainsi apparaître une grande disparité entre les deux droits alors que cela aurait dû être une occasion pour les législateurs nationaux d'améliorer leurs propres corps de règles dans le domaine de la prescription.

L'AUDCG, en réalité, consacre la nature hybride de la prescription.

Enfin, l'AUDCG a un champ d'application matérielle et spatiale limité et est supplétif de volonté. A ce titre, il encourage le recours aux conflits de lois.

CHAPITRE II RISQUES DE CONFLITS ENTRE L'AUDCG ET LES CONVENTIONS DE DROIT MATERIEL RELATIVES A LA VENTE COMMERCIALE ET A LA REPRESENTATION

Le contrat de vente est certainement l'acte juridique le plus utilisé par un exportateur et dans le commerce international, l'on mesure l'importance de la CVIM, convention de droit matériel universel et de l'AUDCG, convention régionale d'unification dont l'objet est l'uniformisation du droit de la vente internationale de marchandises.

Les agents commerciaux jouent un rôle important dans la quête des marchés par les acteurs du commerce international. Sitôt que le fait commercial s'est professionnalisé et que les circuits commerciaux se sont allongés, les intermédiaires du commerce sont apparus comme des auxiliaires précieux¹⁰⁴¹.

Le recours aux intermédiaires est une pratique courante du commerce international. Cette formule a un double avantage : l'intermédiaire connaît mieux le marché local et les coûts d'investissements sont moindres pour l'entreprise exportatrice¹⁰⁴². Ainsi, l'entreprise qui pratique l'exportation ou l'importation peut opter pour le recours à une ou plusieurs personnes ou entreprises tierces, c'est à dire lien en capital avec l'entreprise d'exportation, ou d'importation et autonome d'un point de vue patrimonial¹⁰⁴³ tant il est vrai que le recours aux services d'autrui a toujours été un instrument juridique universel de la commercialisation.

Le droit international privé devient ainsi un terrain idéal pour traquer la notion d'intermédiaire dans les relations contractuelles. Si de nombreux obstacles linguistiques, culturels et juridiques jalonnent la percée d'un marché étranger, le recours aux services de personnes qui disposent d'un savoir faire particulier composé d'« *un savoir vivre spécial et d'un don d'adaptation aux habitus, us et coutumes locaux* »¹⁰⁴⁴, constitue en effet une solution efficace. Un auteur a pu rappeler que dans les pays en voie de développement, « *il est devenu désormais très souvent nécessaire, légalement ou pratiquement, pour une entreprise étrangère désirant conclure un marché d'avoir recours au service d'un sponsor local* »¹⁰⁴⁵, c'est à dire d'un « *agent intermédiaire* » prestant ses services à une

¹⁰⁴¹ J.Lacour-Gayet, « *Histoire du commerce*, tome 1 : *La terre et les hommes* », 1950, SPID, p.287.

¹⁰⁴² Op cit, note n° 1045.

¹⁰⁴³ J. Baptiste Racine, Fabrice Siirainen, « *Droit du commerce international* », Dalloz, 2007, spéc. p. 246.

¹⁰⁴⁴ P. Le Tourneau., « *De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux* », Gaz.Pal., 6 janvier 1996, 1ère sem. Doctrine, p.8 et s., spéc.n°3, p.8.

¹⁰⁴⁵ M. Dubisson , « *Le contrat de « sponsor » pour l'obtention d'un marché international* », JCP C, I., 1983, II, 14027, p., 403 et s.

*entreprise étrangère pour lui permettre d'obtenir l'attribution d'un marché »*¹⁰⁴⁶.

Il convient d'envisager la définition de la notion puis son cadre juridique.

Définition

Si le mot « *intermédiaire* » est d'une indéniable commodité, notamment en droit international, il peut paraître hasardeux de le définir tant il est vrai que les situations dans lesquelles s'inscrit une entreprise ne correspondent pas à une catégorie juridique précise.

L'absence de définition a fait dire à une partie de la doctrine que la notion d'intermédiaire n'appartient pas au vocabulaire juridique¹⁰⁴⁷. Qu'est-ce alors qu'un intermédiaire? Le Pr Jacques Mestre dira que « *l'entremise est bel et bien une notion imprécise sinon ambiguë* »¹⁰⁴⁸. À vrai dire, l'adjectif ou substantif *intermédiaire* est issu du latin *inter*, qui signifie « entre », et *medius*, qui signifie « moyen »¹⁰⁴⁹. Pourtant les problèmes que pose la représentation en matière internationale exige préalablement de définir les termes à employer.

Lorsqu'ils emploient le terme « *représentant* », le commerçant et le juriste donnent à cette dénomination un contenu qui ne peut pas être identique. Pour l'homme d'affaires, le représentant est l'intermédiaire chargé de lui procurer des commandes moyennant une rémunération proportionnelle, le représentant ayant ou non la mission de contracter avec le client au nom du commettant¹⁰⁵⁰.

Lorsqu'il parle de représentation, le juriste vise le fait, pour une personne dénommée représentant, d'agir dans la passation d'un acte juridique, et plus spécialement dans la passation d'un contrat au nom et pour le compte du représenté, dans des conditions telles que les effets de l'acte juridique se réalisent directement dans la personne du représenté et, s'il s'agit d'un contrat, que le représenté devienne directement titulaire du droit et des obligations¹⁰⁵¹.

A la lumière de ces deux acceptions, nous définirons les intermédiaires de commerce comme, « *des professionnels qui interviennent dans les circuits de distribution, afin de faciliter la conclusion d'une vente internationale, en mettant en relation deux ou plusieurs parties à cette vente, ou bien en étant lui-même partie à cette vente. Tant l'agent commercial, le commissionnaire et le courtier que*

¹⁰⁴⁶ Op cit, note n° 1049.

¹⁰⁴⁷ S. Peruzzetto, Christel Diloy, « *les intermédiaires* », Répertoire de droit international, 2009.

¹⁰⁴⁸ J. Mestre, « *Obligations et contrats spéciaux* », RTD civ.1992.78, spéc. p.86 et 87.

¹⁰⁴⁹ Op cit, note n° 1048.

¹⁰⁵⁰ A.Tomasi, « *Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle et l'opportunité d'une convention internationale* », R.C.D.I.P, 1978, p.652 et s.

¹⁰⁵¹ Op cit, note n° 1049.

*le négociant grossiste, demi-grossiste ou détaillant peuvent être des intermédiaires du commerce international, à condition qu'ils participent directement à l'opération internationale »*¹⁰⁵².

Dès lors, il faut trouver un cadre juridique pour les intermédiaires de commerce.

Cadre juridique

La profession d'intermédiaire du commerce est fort ancienne. Le *code de justice d'Hammourabi* est le premier texte connu dans lequel on trouve trace de la profession d'intermédiaire. Mais ce n'est véritablement au Moyen Âge que le droit de la représentation, pris dans un sens large, fut en fait élaboré de façon assez complète¹⁰⁵³. Elle s'est ensuite forgée selon des conceptions différentes en *civil law* et en *common law*¹⁰⁵⁴. Ces deux conceptions ont donné naissance à des règles de droit souvent divergentes sinon contradictoires.

Les intermédiaires du commerce international inscrivent leur action dans le cadre juridique du contrat. Leur rapport avec le contrat est de plusieurs ordres. Ils peuvent soit, être parties à des contrats d'intermédiaires, soit être parties à des contrats de vente internationale, soit mettre en relation des parties à un futur contrat de vente internationale. En outre, le droit du contrat de représentation (contrat « interne » entre le représenté et l'intermédiaire) est très variable d'un pays à l'autre, la protection des agents, V.R.P., commissionnaires ayant entraîné une production législative ou judiciaire en général complexe et technique¹⁰⁵⁵. Ainsi ces contrats peuvent être soumis à divers droits. Afin d'uniformiser le droit applicable aux intermédiaires du commerce, des conventions de droit matériel ou de droit international privé ont été adoptées.

Pour le droit matériel, le contrat d'intermédiaires du commerce a connu un début d'unification dans les années 1930 à des échelles différentes, tant l'intermédiation était répandue. Les tentatives de rapprochement s'articulent autour de deux axes : l'unification ou l'harmonisation. Le rapprochement par voie d'unification a débuté dès 1935 sous l'égide d'UNIDROIT¹⁰⁵⁶. Il aboutit, le 17 février 1983, à l'adoption de la Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de

¹⁰⁵² P. Imbert, « *Les contrats d'intermédiaires du commerce international* » thèse, Lille, 1996, p.16.

¹⁰⁵³ W. Muller-Freienfels, Legal Relationship the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty, *Am. J. Comp. Law* 1964, n°2, vol.XIII, p.193.

¹⁰⁵⁴ S. Peruzzetto, Christel Diloy, « *les intermédiaires* », Répertoire de droit international, 2009.

¹⁰⁵⁵ . Mouly, « *La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises* » : RID comp.1983, p.829, spéc. n° 3.

¹⁰⁵⁶ M. J. Bonel, « *The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods* », *Am.J.Comp. Law* 1983, XXXII, p.720.

marchandises, ci-après CRIV¹⁰⁵⁷. Cette convention se trouve placée, chronologiquement comme, substantiellement, dans le sillage de la CVIM du 10 avril 1980¹⁰⁵⁸. Cependant, la CRIV n'est pas encore entrée en vigueur.

C'est dans cette situation que les rédacteurs de l'AUDCG ont mis en œuvre des règles matérielles applicables aux intermédiaires s'inscrivant dans le sillage de la vente commerciale.

L'AUDCG régit à la fois la vente commerciale et les intermédiaires de commerce, (indispensables à la conquête des marchés pour les opérateurs du commerce intracommunautaire). Il est entré en vigueur quinze ans plus tard après la CRIV de 1983. Cet Acte uniforme emprunte à la fois à la CRIV, à la Convention de La Haye sur la loi applicable à la représentation du 14 mars 1978 et à la CVIM du 11 avril 1980.

Toutefois ces règles matérielles ne couvrent pas l'ensemble des domaines de la représentation. Il en résulte que les contrats internationaux d'intermédiaires posent également la question de la loi applicable¹⁰⁵⁹. Il a donc fallu adopter une convention d'unification des règles de conflit de lois applicable. C'est ainsi qu'a été adoptée la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Ensuite d'autres conventions de droit international privé relatives à la loi applicable ont été adoptées çà et là. C'est le cas de la convention de Rome du 19 juin 1980, aujourd'hui Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Nous nous contenterons d'évoquer ces deux conventions de droit international privé sans nous en appesantir, car l'essentiel de notre étude est consacré au droit matériel.

L'AUDCG s'insère donc dans un réseau de textes uniformes, ce qui entraîne une profusion de conventions et donc un risque de conflits. Ceci justifie donc l'examen des situations conflictuelles entre l'AUDCG et les autres conventions de matériel relatives à la vente commerciale et aux intermédiaires (**section I**) avant de proposer des solutions aux conflits entre les différents instruments uniformes (**section II**).

¹⁰⁵⁷A. Tomasi, « *Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle et l'opportunité d'une convention internationale* », R.C.D.I.P, 1978, p.652 et s.

¹⁰⁵⁸Op cit, note n°1059.

¹⁰⁵⁹Op cit, note n°1059, spéc. n° 3.

SECTION I CONFLIT ENTRE L'AUDCG, LA CVIM ET LA CONVENTION DE GENEVE DU 11 FEVRIER 1983 SUR LA REPRESENTATION EN MATIERE DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

Chronologiquement, la CVIM a précédé la Convention de Genève du 11 février 1983. Il convient donc d'examiner dans un premier temps les rapports conflictuels entre l'AUDCG et la CVIM (**Paragraphe I**) avant d'examiner ceux entre l'AUDCG et la Convention de Genève du 11 février 1983 (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Divergences entre l'AUDCG et la CVIM

Il n'entre pas dans notre dessein de faire, dans le cadre de la présente étude, un exposé complet des points de divergences entre les deux droits matériels. Nous ne nous consacrerons ici qu'à un certain nombre d'entre elles en vue démontrer que même si l'AUDCG s'est inspiré de la CVIM, il n'en demeure pas moins que des divergences existent entre eux. Le choix de celles-ci peut paraître arbitraire; il nous a néanmoins semblé qu'elles présentent un intérêt tout particulier pour les praticiens de plus en plus nombreux à affirmer que l'AUDCG est une copie conforme de la CVIM.

L'AUDCG de l'OHADA s'est construit en tirant profit des expériences étrangères quant à la pratique du commerce international. Ainsi, la CVIM, dont le succès est incontestable depuis son entrée en vigueur; répondait de façon adéquate aux besoins d'un droit universel. Tout en conservant un paradigme qui lui est propre, le régionalisme africain vient ici s'imbriquer parfaitement dans le projet universel voulu par les rédacteurs du droit matériel uniforme. Le législateur OHADA s'est inspiré de la CVIM concernant certains critères. Le Livre VIII de l'AUDCG ainsi que la CVIM concernent la vente sans la définir. La définition se déduit de l'analyse des droits et obligations qui y sont soigneusement décrits et permettent d'exprimer cette définition de façon concise mais essentielle : la vente est un contrat par lequel le vendeur s'engage à transférer la propriété de biens déterminés à l'acheteur en échange de l'obligation, pour ce dernier, de payer le prix convenu. Cette première condition exclut de l'application de la CVIM et du droit de la vente commerciale, les contrats d'entreprise et de services. La vente doit intervenir entre commerçants; cette condition est expressément indiquée dans l'AUDCG et non dans la CVIM. Il en résulte que la CVIM peut s'appliquer aussi bien quand les contractants sont commerçants ou non (l'acheteur étant une personne exerçant une profession libérale)¹⁰⁶⁰ tandis que le droit uniforme régional ne le peut que si

¹⁰⁶⁰Voir F. Ferrari, International sales law in the light of the OHBLA (OHADA) uniform Act relating to general commercial law and the 1980 Vienna Sales convention, RDAI/IBLJ, n°, 2001, p. 599; selon cet auteur, cette Convention est entrée en vigueur dans 57 États et couvre 2/3 du commerce mondial.

les deux parties sont commerçantes. La CVIM et l'AUDCG s'appliquent à la formation du contrat de vente, aux effets de la vente entre parties. Il n'est donc pas surprenant qu'une part importante des contentieux de la vente commerciale porte sur les problèmes classiques relatifs aux effets du contrat entre les parties : conformité des marchandises et délai raisonnable dans lequel l'acheteur doit se manifester. Ces questions sont habituelles en matière de vente. Mais, l'AUDCG s'est singularisé par rapport à la CVIM quant au délai de dénonciation du défaut de conformité des marchandises mais a également déterminé le délai de prescription du droit d'action du créancier contre le débiteur en faisant de la prescription un droit applicable au fond tandis qu'elle est considérée comme lacune externe dans la CVIM (I).

Enfin, le droit OHADA et la Convention de Vienne ont pour dénominateur commun le critère de privation substantielle permettant de donner un sens juridique à la contravention ou au manquement du débiteur. Mais ce critère de privation substantielle a-t-il été fidèlement reproduit par le législateur OHADA? Ce dernier n'a-t-il pas en réalité pris certaines libertés quant à l'interprétation du critère de la privation substantielle? Pour répondre à cette question, nous étudierons dans une perspective croisée, le critère de privation substantielle en droit OHADA et dans la CVIM (II).

I Les divergences quand aux délais de dénonciation du défaut de conformité et de la prescription de l'action du créancier contre le débiteur.

Nous étudierons successivement les divergences quant aux délais de dénonciation (A) puis celles relatives à la prescription en matière de vente commerciale (B).

A Les divergences quand au délai de dénonciation du défaut de conformité

Lorsque l'acheteur invoque un défaut de conformité, il importe de s'attacher en priorité aux stipulations contractuelles.

L'AUDCG s'écarte des textes complexes issus de la Convention de Vienne¹⁰⁶¹. D'abord, l'article 255 de l'AUDCG définit l'obligation de conformité. Il dispose que « *Le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat. Dans le silence du contrat, le vendeur doit livrer des marchandises propres aux usages auxquels elles servent habituellement ou dotées des mêmes qualités que les échantillons ou modèles présentés. Il doit aussi les livrer dans des emballages ou conditionnement habituellement utilisés pour ce type de marchandises ou, à défaut de mode habituel, dans des conditions propres à les conserver et protéger* ». Quand à l'article 256, il fixe le moment auquel la conformité doit être

¹⁰⁶¹V. D. Tricot, « *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA : La vente commerciale* », Droit et patrimoine, 2011, n° 201 du 03/2011.

appréciée en disposant que « *La conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la prise de livraison, même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement* ». En effet, le régime applicable est très différent selon qu'à ce moment précis, le défaut de conformité est apparent ou caché¹⁰⁶². S'il est apparent, l'acheteur dispose d'un délai d'un mois (et non plus d'un délai raisonnable, si incertain par nature) pour dénoncer l'anomalie au vendeur. Passé ce délai, il est censé avoir accepté le défaut et se trouve déchu du droit d'agir. C'est ce qui résulte de l'article 258 de l'AUDCG qui dispose que : « *Sous peine de déchéance pour l'acheteur du droit de s'en prévaloir, un défaut de conformité apparent le jour de la prise de livraison doit être dénoncé par l'acheteur au vendeur dans le mois qui suit la livraison* ». S'il est caché, le délai pour agir en justice contre le vendeur est d'une année mais ce délai ne court pas, à la différence du précédent, du jour de la prise de livraison, mais du jour où le défaut a été constaté ou aurait dû l'être par un acheteur normalement attentif et diligent. En effet, l'article 259 de l'AUDGC dispose que « *L'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être. Ce dernier délai ne peut avoir pour effet de réduire la durée de la garantie contractuelle éventuellement consentie* ».

Il résulte du texte de l'article 259 de l'AUDCG que le défaut de conformité doit être dénoncé dans un délai d'un an à compter du jour où il a été constaté ou aurait dû l'être. Tel ne semble pas le délai retenu par la CVIM.

Lorsque l'acheteur invoque un défaut de conformité, il importe de s'attacher en priorité aux stipulations contractuelles. Selon l'article 35, alinéa 1er, de la CVIM, « *Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat* ». Et Selon l'article 38 de la CVIM, il incombe à l'acheteur d'examiner les marchandises ou de les faire examiner dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances. Enfin, selon l'article 39 de la CVIM « *1) L'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur, en précisant la nature de ce défaut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater. 2) Dans tous les cas, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises, à moins que ce délai ne soit incompatible avec la durée d'une garantie contractuelle* ». D'abord, il convient de relever que la prescription de l'action de l'acheteur, consécutive à un défaut de conformité des marchandises, peut susciter des difficultés de mise en œuvre. Certaines juridictions confondent, de

¹⁰⁶² Op. cit, note n° 1065.

manière regrettable, le délai butoir de deux ans de l'article 39, alinéa 2 de la CVIM, applicable à la dénonciation du défaut, avec le délai de prescription de l'action en justice consécutive de l'acheteur¹⁰⁶³. Ensuite, le point 1 de l'article 39 de la CVIM parle d'un délai raisonnable. Le délai raisonnable soulève des difficultés au plan interne dans les pays africains où la jurisprudence est quasi-inexistante. Les juridictions de ces pays qui ne connaissent pas, en droit interne, une obligation de dénonciation des défauts risquent d'apprécier de manière laxiste la durée du délai raisonnable de dénonciation. Les pays africains ne sont pas seuls dans ce cas. Tel a été tout particulièrement le cas des juridictions françaises qui bénéficient, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation¹⁰⁶⁴. Toutefois, nous pouvons nous réjouir de la solution retenue par la cour d'appel de Lyon dans un arrêt qui se rapporte à la vente de sapins de Noël¹⁰⁶⁵. Les conseillers lyonnais y relèvent, de manière convaincante, que « *le délai raisonnable pour des marchandises périssables et amenées à être vendues sur la période restreinte des fêtes de Noël peut s'étendre sur quelques jours, voire quelques semaines, mais en aucun cas sur deux mois, ce délai ne permettant pas au vendeur de procéder à ses propres constatations* ».

Enfin, le paragraphe 2 de l'article 39 fixe une limite absolue pour le délai dans lequel doit être dénoncé le défaut de conformité, à savoir deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises ont été effectivement remises à l'acheteur, sous réserve que ce délai ne soit pas incompatible avec la durée d'une garantie contractuelle¹⁰⁶⁶. En l'absence d'une telle limite, il pourrait être difficile de fixer l'expiration du délai compte tenu de la souplesse des normes et de la variabilité des délais figurant au paragraphe 1 de l'article 39. Dans le cas de vices latents, par exemple, le moment auquel l'acheteur constate ou aurait dû constater le défaut de conformité, et par conséquent le moment auquel commence à courir le délai raisonnable dans lequel l'acheteur doit le dénoncer conformément au paragraphe 1 de l'article 39, peut intervenir bien après que les marchandises sont livrées. En pareil cas, et faute de garantie contractuelle protégeant plus longtemps l'acheteur, le paragraphe 2 de l'article 39 limite le délai dans lequel l'acheteur a le droit de dénoncer un défaut de conformité à deux ans après que les marchandises lui ont été effectivement remises et empêche par conséquent l'acheteur de préserver son droit d'invoquer un défaut de conformité qui n'a pas été

¹⁰⁶³ V. C. Witz, « Droit uniforme de la vente internationale », janvier 2008-novembre 2009, Rec. Dalloz, 2010, p.921.

¹⁰⁶⁴ Civ. 1re, 26 mai 1999, n° 97-14.315, D. 2000. 788, note C. Witz ; JCP E 2000. 274, note L. Leveneur.

¹⁰⁶⁵ C.A Lyon, 18 oct. 2012, n° 11/01896, *Seriyes c/ Lei*.

¹⁰⁶⁶ L'obligation imposée par le paragraphe 2 de l'article 39 à l'acheteur, de dénoncer le défaut de conformité, est également sujette à l'article 40, qui empêche l'acheteur de se prévaloir de l'article 39 « *lorsque le défaut de conformité porte sur des faits qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer ou qu'il n'a pas révélé à l'acheteur* ».

constaté et dénoncé avant l'expiration de ce délai¹⁰⁶⁷. À la différence du délai dans lequel un défaut de conformité doit être dénoncé conformément au paragraphe 1 de l'article 39, qui est censé être flexible et varier selon les circonstances, le délai de deux ans visé au paragraphe 2 est précis et ferme, sous réserve de l'exception touchant la période de garantie contractuelle. En fait, l'article 39 a apparemment pour but de fixer un délai spécifique et prévisible au-delà duquel le vendeur peut avoir la certitude qu'une réclamation fondée sur un défaut de conformité des marchandises ne sera pas jugée recevable en droit.

B Les divergences quand aux délais de prescription

La prescription des actions en justice de l'acheteur et du vendeur est une matière à l'évidence hors du domaine de la CVIM¹⁰⁶⁸. En raison du peu de succès de la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, et du Protocole de 1980 modifiant la Convention¹⁰⁶⁹, la prescription sera, dans la majorité des cas, celle encadrant les ventes internes¹⁰⁷⁰.

L'AUDCG de l'OHADA a comblé cette lacune. D'abord, le texte d'origine de l'AUDCG comprenait quelques dispositions éparses en matière de prescription¹⁰⁷¹. L'article 18 fixait un délai de prescription des obligations commerciales d'une durée de cinq ans, sauf délai plus court¹⁰⁷². Les rédacteurs du nouvel Acte uniforme ont développé une théorie générale de la prescription dans les premiers articles de l'Acte et renvoyé à ces textes généraux dans d'autres matières¹⁰⁷³. L'AUDCG contient trois applications du régime général de la prescription, l'une à l'égard de l'entrepreneur (1), l'autre pour la vente commerciale (2), et enfin pour les intermédiaires de commerce (3).

¹⁰⁶⁷Voir Landgericht Marburg, Allemagne, 12 décembre 1995, Unilex, affaire dans laquelle le tribunal a invoqué le paragraphe 2 de l'article 39 pour refuser à l'acheteur tout recours contre le défaut de conformité allégué.

¹⁰⁶⁸ L'article 4 de la CVIM dispose que « *La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ; b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues* ».

¹⁰⁶⁹V. C. Witz, « *Le droit uniforme de la vente internationale de marchandises* », janvier 2008-novembre 2009, Rec. Dalloz, 2010, p.921.V., à titre d'illustration, Cour suprême de la République de Slovaquie, 30 avr. et 19 juin 2008, arrêts traduits en anglais, cisg.law.pace.edu. Il s'agit d'arrêts cités par le Pr. Witz dans son article.

¹⁰⁷⁰ V. à propos d'une créance du prix de vente OLG Jena, 27 août 2008, CISG-online 1820 ; NJW 2009. 689., rapporté par le Pr. C. Witz.

¹⁰⁷¹ Voir notre section I relative au conflit de droit matériel relatif à la prescription.

¹⁰⁷² D. Tricot, « *La prescription* », Droit et Patrimoine, n°201, 03/2011., p. 70.

¹⁰⁷³Op. cit, note n°1075.

1. La prescription à l'égard de l'entrepreneur

L'article 33, alinéa 1er, énonce le régime général applicable aux entrepreneurs dans leurs rapports entre eux ou avec d'autres personnes en ce qu'il dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. Cette prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte. Le régime de la prescription prévu aux Articles 17 à 29 du présent Acte Uniforme s'applique à l'entrepreneur* ». L'alinéa 2 de l'article 33 précise le domaine de cette prescription comme le fait l'alinéa 2 de l'article 16 de l'AUDCG. Ces dispositions spécifiques sont nécessaires puisque l'entrepreneur a un statut distinct de celui du commerçant¹⁰⁷⁴.

Le délai de prescription est donc de cinq ans à l'égard des entrepreneurs ou dans leurs relations avec les tiers. Il en va autrement en matière de prescription en matière commerciale.

2. La prescription dans la vente commerciale

L'application du régime général de la prescription à la vente commerciale devient aussi aisée avec l'adoption du nouvel AUDCG. Il est précisé aux articles 301 de l'AUDCG que le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans. En effet, l'article 301 alinéa 2 de l'AUDCG dispose que « *Le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans sauf dispositions contraires du présent Livre* ». Toutefois, en cas de garantie contractuelle, l'article 302 de l'AUDCG dispose que « *Si le vendeur a donné une garantie contractuelle, le délai de prescription de l'action visée à l'Article 259 ci-dessus commence à courir à partir de la date d'expiration de la garantie contractuelle* ». Il résulte de cette disposition que le délai de prescription ne commence à courir qu'à l'expiration du délai de garantie conventionnelle.

Par un effet « *miroir* » avec les dispositions de l'article 302 qui, en matière de vente commerciale, dispose que le délai de prescription des actions ne commence à courir qu'à partir de l'expiration du délai de la garantie conventionnelle éventuellement consentie, l'article 259, alinéa 2, dispose que le délai d'un an pour agir en réparation du défaut de conformité caché ne peut avoir pour effet de réduire la durée de la garantie contractuelle¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ Op. cit, note n°537, spé. p.71.

¹⁰⁷⁵ Op. cit, note n°536, spé. p.71.

3. La prescription à l'égard des intermédiaires de commerce

L'AUDCG traite aussi des intermédiaires de commerce autrement appelés auxiliaires, ici l'innovation qui se remarque c'est l'existence des trois catégories d'intermédiaires que sont le commissionnaire, le courtier, et l'agent commercial troisième catégorie jadis occultée par le code de commerce français en vigueur dans les anciennes colonies.

L'article 170 de l'AUDCG dispose que « *L'intermédiaire de commerce est un commerçant ; il est soumis aux conditions prévues par les articles 6 à 12 du présent Acte uniforme* ».

S'agissant de la prescription, l'article 16 de l'AUDCG dispose que « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Le délai de prescription est donc de cinq ans à l'égard des intermédiaires de commerce ou dans leurs relations avec les tiers. Toutefois, il convient de préciser que l'AUDCG ne s'applique pas au commissionnaire de transport. Il en a été ainsi dans un arrêt rendu par la Cour suprême de Côte d'Ivoire en date du 4 février 2010 qui a jugé que « *l'action en responsabilité diligentée contre le commissionnaire de transport se prescrit au bout d'un délai de 5 ans* » (**Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, arrêt n°029 du 04 février 2010, Sté Eka-Benya/Dje Lou Djenan**).

II Les divergences relatives à la prévisibilité du manquement

La CIVM et l'AUDCG ne prévoient la résolution du contrat qu'en cas de manquement (contravention) essentiel.

L'article 25 de la CVIM dispose qu'« *Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus* ». Une contravention essentielle est donc une condition préalable indispensable pour pouvoir invoquer certains des recours prévus par la Convention, comme le droit d'une partie de résilier le contrat (alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 49 et alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 64) ; mais voir également le paragraphe 2 de l'article 51, le paragraphe 1 de l'article 72 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 73), ou le droit d'exiger la livraison de marchandises de remplacement (paragraphe 2 de l'article 46)¹⁰⁷⁶. En outre, la CVIM utilise un critère subjectif afin d'exonérer le débiteur quant à l'imputabilité de l'inexécution du contrat. C'est ce qui résulte de

¹⁰⁷⁶Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la CVIM, V.04-55033.

l'article 25 CVIM infine « (...) à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ». On détermine si une personne raisonnable d'une qualité identique à celle du débiteur et placée dans la même situation aurait pu prévoir la non réalisation totale ou partielle du contrat.

L'AUDCG dans sa version du 17 avril 1997 avait été adopté dans un contexte faisant suite à la décision remarquée dite Chronopost. Cet arrêt a rappelé le caractère essentiel de l'obligation d'une partie à un contrat. Ainsi : « [...] La société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹⁰⁷⁷.

Par soucis de pragmatisme le droit OHADA s'était appuyé sur cette décision pour faire sienne la terminologie de « *manquement essentiel* » en lieu et place de celle de « *contravention essentielle* » prévue par la CVIM. Ainsi l'article 248 de l'ancien AUDCG disposait qu' « *Un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que ce manquement n'ait été causé par le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure* ». Le manquement essentiel sous les lunettes du droit de la vente OHADA renvoyait donc à « *l'idée de faute ou de défaut au terme* »¹⁰⁷⁸. Dans sa nouvelle rédaction issue de la révision du 15 décembre 2010, l'article 281 alinéa 1 de l'AUDCG dispose que « *Toute partie à un contrat de vente commerciale est fondée à en demander au juge compétent la rupture pour inexécution totale ou partielle des obligations de l'autre partie* ». Enfin, l'article 294 du nouvel AUDCG dispose qu' « *Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences* ».

L'AUDCG garde ainsi une certaine distance avec la CVIM. En effet, le manquement essentiel donnant lieu à la rupture du contrat pouvait être écarté par le fait d'un tiers ou suite à la survenance d'un cas de force majeur. Ce choix s'expliquait avant tout par le souci de canaliser les effets du manquement essentiel sur le devenir du contrat et d'équilibrer ou concilier les intérêts en présence ;

¹⁰⁷⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, D.1997. jur. p. 121, note A. Seriaux; JCP éd E.II.925, note K. Adom.

¹⁰⁷⁸ A. Pedro Santos et J. Yado Toé, OHADA « *Droit commercial général* », 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.413.

à savoir le rapport vendeur-acheteur. En effet, car comme le rappelle Alain SÉRIAUX : « *seul le préjudice prévisible lors de la formation du contrat doit être indemnisé* ». L'AUDCG est donc allé plus loin que la CVIM en circonscrivant l'imputabilité de l'inexécution totale ou partielle du contrat par le débiteur à des éléments objectifs. Mais les deux droits matériels, au nom de la *favor contractus*, font obligation au créancier qui invoque un manquement essentiel de minimiser les pertes du débiteur en prenant toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances¹⁰⁷⁹.

Les ventes conclues par un intermédiaire posent la délicate question de la représentation, qui échappe au domaine de la CVIM alors qu'elles sont prévues par l'AUDCG. Celle-ci demeure régie par les règles nationales de droit international privé ou par celles de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux relations contractuelles ou encore par celles de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. C'est donc la règle désignée par l'un de ces instruments qui décide si le mandat a été valablement formé et si le mandant est lié par la vente conclue par son représentant. Dans l'affirmative, il sera éventuellement tenu compte de la situation de l'établissement du mandant pour l'application de la Convention.

Paragraphe II Le conflit entre l'AUDCG et la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises

L'unification internationale du droit avance avec suffisamment de lenteur pour qu'il soit utile de souligner chacune de ses progressions¹⁰⁸⁰. La Convention de Genève signée le 17 février 1983 et le nouvel AUDCG adopté le 15 décembre 2010 et entré en vigueur le 15 mai 2011 sont de celles-là. Ils contiennent un droit unifié de la représentation applicable lorsque l'intermédiaire a pour mission de conclure un contrat de vente internationale de marchandises.

Mais il convient de rappeler le contexte juridique dans lequel s'inscrit la Convention de Genève du 17 février 1983. Cette convention, concernant les relations entre le tiers et le représenté ou entre le tiers et l'intermédiaire à l'occasion du « *contrat de vente* » internationale de marchandises, mais ne traitant pas du « *contrat de représentation* » (relations entre le représenté et l'intermédiaire), vient ainsi combler un vide juridique en complétant les dispositions de deux instruments internationaux

¹⁰⁷⁹L'article 293 de l'AUDCG dispose que « *La partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages- intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé* ».

¹⁰⁸⁰C. Mouly, « *La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises* », RIDC, vol. n°35, oct-déc.1983, p.831 s.

existants : la convention de La Haye de 1978 et la CVIM.

La convention de La Haye sur la loi applicable à la représentation traite en effet seulement des relations entre le représenté et l'intermédiaire et des relations avec les tiers. Pour sa part, la CVIM ne régit que les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur et se limite aux ventes internationales, le caractère international étant déterminé en fonction de l'établissement des parties : pour que la convention s'applique, il faut que l'acheteur et le vendeur aient leur établissement dans des États différents et que ces deux États soient parties à la convention qui ne s'applique qu'en tant que régime supplétif dans la mesure où les parties n'ont pas désigné une autre loi pour régler leur contrat.

Quant à l'AUDCG, son article 169 définit l'intermédiaire comme « (...) *une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial* ». Les deux textes matériels retiennent donc la même définition de la représentation.

L'AUDCG et la Convention de Genève ont un domaine d'application matérielle commun qui se réfère aux « *ventes de marchandises* ». La CRIV et l'AUDCG ont pour objet de définir les effets et actes passés en vue de la conclusion ou de l'exécution d'une vente par une personne, l'intermédiaire, qui dispose du pouvoir d'agir, ou qui prétend avoir le pouvoir d'agir pour le compte d'une autre personne, le représenté à l'égard du tiers. Ils régissent donc les rapports unissant l'intermédiaire et le représenté ainsi que les effets du contrat entre l'intermédiaire et le tiers contractant en cas de dépassement de pouvoirs ou de faute du premier. Toutefois, la Convention de Genève ne concerne que les relations entre le tiers et le représenté ou entre le tiers et l'intermédiaire à l'occasion du « *contrat de vente* » internationale de marchandises, mais ne traite pas du « *contrat de représentation* », c'est-à-dire la relation entre l'intermédiaire et le représenté. L'AUDCG a corrigé cette lacune et s'applique aux relations entre toutes les personnes pour lesquelles agit l'intermédiaire, et entre ces personnes et l'intermédiaire lui-même. Ce qui produit des effets juridiques différents (I). Mais la Convention de Genève et l'AUDCG sont des conventions de droit matériel supplétives de volonté. Elles ne déterminent pas la loi applicable au fond. Dans ces conditions, il faut faire appel aux conventions de droit international privé pour déterminer la loi applicable au fond, en l'absence de choix de loi (II).

I Les divergences quant aux effets juridiques de la représentation

La relation au minimum tripartite qu'engendre la représentation repose sur deux contrats : le contrat de représentation (mandat, agence, commission et courtage) et le contrat de vente conclu par l'intermédiaire avec le tiers. Il convient juste de rappeler que la Convention de Genève ne régit pas le contrat de vente. Il ne régit que les relations externes, c'est-à-dire celles entre l'intermédiaire et le tiers ou entre le représenté et le tiers (A) tandis que l'AUDCG régit à la fois la vente commerciale et le contrat de représentation y compris les relations internes, c'est-à-dire, celles entre l'intermédiaire et le représenté (B).

A La Convention de Genève régit les effets juridiques externes de la représentation

La convention définit les effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire. Trois cas sont à cet égard distingués.

- Premier cas : lorsque l'intermédiaire agit dans les limites de son pouvoir de mandataire et que le tiers connaît sa qualité d'intermédiaire, l'intermédiaire n'est pas lié par la vente qui lie directement le représenté et le tiers. C'est ce qui résulte de l'article 12 de la Convention de Genève qui dispose que « *Lorsque l'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de son pouvoir et que le tiers connaissait ou devait connaître sa qualité d'intermédiaire, les actes de l'intermédiaire lient directement le représenté et le tiers, à moins qu'il ne résulte des circonstances de l'espèce, notamment par la référence à un contrat de commission, que l'intermédiaire a entendu n'engager que lui-même* ».
- Deuxième cas : si l'intermédiaire agit conformément à son pouvoir mais si le tiers ignore l'existence de la représentation, l'intermédiaire ne lie plus le représenté et la vente unit l'intermédiaire et le tiers. En effet, l'article 13, dispose que « *1) Lorsque l'intermédiaire agit pour le compte d'un représenté dans les limites de son pouvoir, ses actes ne lient que l'intermédiaire et le tiers si: a) le tiers ne connaissait pas ou n'était pas censé connaître la qualité de l'intermédiaire, ou b) il résulte des circonstances de l'espèce, notamment par la référence à un contrat de commission, que l'intermédiaire a entendu n'engager que lui-même. 2) Toutefois: a) lorsque l'intermédiaire n'exécute pas ou n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations envers le représenté parce que le tiers n'exécute pas les siennes ou pour toute autre raison, le représenté peut exercer, à l'encontre du tiers, les droits acquis pour son compte par l'intermédiaire, grevés de toutes les exceptions que le tiers peut opposer à l'intermédiaire; b) lorsque l'intermédiaire n'exécute pas ou n'est pas en mesure*

d'exécuter ses obligations envers le tiers, ce dernier peut exercer contre le représenté. Dès que le tiers ou le représenté les droits qu'il possède contre l'intermédiaire, grevés de toutes les exceptions que l'intermédiaire peut opposer au tiers et que le représenté peut opposer à l'intermédiaire ». Cependant, dans l'hypothèse de difficultés d'exécution, le représenté peut exercer à l'encontre du tiers les droits acquis pour son compte par l'intermédiaire et le tiers peut exercer contre le représenté les droits qu'il possède contre l'intermédiaire (article 13 b).

- Troisième cas, enfin : si l'intermédiaire agit au-delà des limites de son pouvoir, aucun contrat ne lie le tiers et le représenté qui peut toutefois ratifier les actes de l'intermédiaire. En effet, l'article 5 de la Convention dispose que « 1) *Un acte accompli par un intermédiaire qui agit sans pouvoir ou au-delà de son pouvoir peut être ratifié par le représenté. Cet acte produit, s'il est ratifié, les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un pouvoir (...). Le représenté sera en outre lié vis-à-vis du tiers si le comportement du représenté conduit le tiers, « raisonnablement et de bonne foi », à croire que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir. C'est ce qui ressort de l'article 14 de la Convention de Genève qui dispose que « 1) Lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoir ou au-delà de son pouvoir, ses actes ne lient pas le représenté et le tiers. 2) Toutefois, lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté et qu'il agit dans les limites de ce pouvoir, le représenté ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire ».* Enfin, l'article 16 de la Convention dispose que « *Un intermédiaire qui agit sans pouvoir ou au-delà de son pouvoir, est tenu, en l'absence de ratification, d'indemniser le tiers afin de rétablir celui-ci dans la situation qui aurait été la sienne si l'intermédiaire avait agi en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir. 2) L'intermédiaire n'encourt cependant pas de responsabilité si le tiers savait ou devait savoir que l'intermédiaire n'avait pas de pouvoir ou agissait au-delà de son pouvoir ».* Le constat qui s'impose est que la Convention de Genève ne régit que les relations externes de la représentation oubliant ainsi l'essentiel, c'est-à-dire les relations internes entre le représenté et l'intermédiaire, lacune que l'AUDCG a comblée.

B L'AUDCG régit les relations internes de la représentation

Les rédacteurs de l'AUDCG ont pris leur distance avec la Convention de Genève en l'innovant. Cette innovation est perceptible dès la lecture de l'article 175 de l'AUDCG qui dispose que « *Les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire et la personne pour le compte de laquelle celui-ci agit, même de façon occulte. Les relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers visé à l'Article 169 ci-dessus sont régies par les Articles 180, 181, 183, 184 et 185 du présent Acte Uniforme* ».

L'innovation se manifeste également au niveau des effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire.

Les premiers articles du chapitre III régissent les relations externes. Lorsque l'intermédiaire agit dans les limites de son pouvoir, ses actes lient directement le représenté au tiers. C'est ce qui ressort de l'article 180 qui dispose que « *Lorsque l'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de son pouvoir, et que les tiers connaissent ou devaient connaître sa qualité d'intermédiaire, ses actes lient directement le représenté au tiers visé à l'Article 169 ci-dessus, à moins qu'il ne résulte des circonstances de l'espèce, notamment par la référence à un contrat de commission ou de courtage, que l'intermédiaire n'a entendu engager que lui-même* ». Quand à l'article 181 de l'AUDCG, il dispose que « *Lorsque l'intermédiaire agit pour le compte d'un représenté dans les limites de son pouvoir, ses actes ne le lient au tiers visé à l'Article 169 ci-dessus que : - si celui-ci ne connaissait pas ou n'était pas censé connaître sa qualité d'intermédiaire ; - ou si les circonstances de l'espèce, notamment par référence à un contrat de commission, démontrent que l'intermédiaire a entendu n'engager que lui-même* ».

L'AUDCG prévoit également la responsabilité de l'intermédiaire envers les tiers. En effet, l'article 185 alinéa 1 de l'AUDCG dispose qu' « *Un intermédiaire qui agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, est tenu, en l'absence de ratification, d'indemniser le tiers visé à l'Article 169 ci-dessus afin de rétablir celui-ci dans la situation qui aurait été la sienne si l'intermédiaire avait agi en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir* ».

L'article 182 de l'AUDCG régit les rapports internes entre le représenté et l'intermédiaire en ce qu'il dispose que « (...) *L'intermédiaire est ainsi responsable envers le représenté de la bonne et fidèle exécution du mandat.*

Il est tenu de l'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il y soit contraint par les circonstances ou que l'usage permette une substitution de pouvoirs. ».

Il convient de rappeler que la Convention de Genève ne régit pas les relations internes entre

l'intermédiaire et le représenté.

Par ailleurs, si l'intermédiaire a avancé des frais, l'AUDCG oblige le représenté à lui rembourser ces frais. C'est ce qui résulte de l'article 186 de l'AUDCG qui dispose que « *Le représenté doit rembourser à l'intermédiaire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a engagés pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations contractées* ».

L'intermédiaire est enfin tenu de rendre compte de sa gestion à son représenté. En effet, l'article 187 dispose que : « *L'intermédiaire est tenu, à la demande du représenté, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion. Il est redevable des intérêts produits par les sommes pour le versement desquelles il est en retard et de l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat, sauf s'il prouve que ce dommage est survenu sans sa faute* ».

Pour le reste, l'AUDCG reprend la théorie du mandat apparent consacré par l'arrêt Lizardi¹⁰⁸¹, celle de la ratification consacrée par la Convention de Genève du 11 février 1983.

Il convient de rappeler que la CRIV n'est toujours pas entrée en vigueur. Certains États l'ont ratifiée, d'autres l'ont seulement signée et enfin d'autres y ont adhéré¹⁰⁸².

La Convention de Genève du 11 février 1983 et l'AUDCG sont des droits matériels. Ils sont supplétifs de volonté. Dès lors ils peuvent être écartés par les parties. En l'absence de choix de loi applicable aux différentes relations étudiées supra, il convient de recourir aux règles de droit international privé. En matière de représentation, il existe des conventions de droit international privé qui désignent la loi applicable.

II La loi applicable à la représentation

La Convention de La Haye du 14 mars 1978 a un domaine différent de l'AUDCG et de la Convention de Genève du 17 février 1983. Ce domaine est plus étroit puisqu'elle se contente de définir la loi applicable aux rapports de représentation alors l'AUDCG et la Convention de Genève sont des droits de matériels. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 règle la question de la loi applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire et des relations avec les tiers. La question à résoudre est ainsi formulée : Quelle est la loi applicable au contrat international d'intermédiaire de commerce ? Si la formulation est aisée, la question dissimule en réalité une situation confuse, pleine d'incertitudes. Afin d'y voir clair, il conviendra de distinguer la loi

¹⁰⁸¹ Voir notre première partie.

¹⁰⁸² La Convention de Genève a été ratifiée par l'Italie, le 10 octobre 1986 et la France, le 7 août 1987. Elle a été signée par le Chili, le Saint Siège, le Maroc et la Suisse le 17 février 1983. L'Afrique du Sud, le 27 janvier 1986 et le Mexique, le 22 décembre 1987 y ont adhéré. Aucun pays africain membre de l'OHADA n'a ratifié cette convention.

applicable aux relations internes, c'est-à-dire entre le représenté et l'intermédiaire (A) et entre l'intermédiaire et le tiers (B).

A La loi applicable aux relations internes entre le représenté et l'intermédiaire

Étudier le problème de la loi applicable aux relations internes du contrat international d'agence commerciale conduit nécessairement à examiner les règles déterminant le choix de la loi applicable, lesquelles relèvent, comme on le sait, classiquement de la question du conflit de lois. En matière de contrat d'agence, les règles de conflit des lois constituent un ensemble enchevêtré dont les sources, sont tant nationales qu'internationales et dont le contenu est particulièrement complexe.

La complexité de la situation exige de trouver une solution. En matière de contrat international, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable à leur convention ; choix pouvant prendre la forme d'une clause insérée dans le contrat¹⁰⁸³ (1) ou à défaut, l'interprète procédera à la désignation de la loi par le mécanisme de la règle de conflit (2).

1. La loi d'autonomie applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire

Le principe d'autonomie des parties a ses racines dans le droit général des contrats : les cocontractants ont la faculté de choisir la manière dont ils assument leurs obligations réciproques. C'est l'essence même du contrat : les parties font des promesses - quelle qu'elles soient - qui les lient.

Le droit international privé a repris ce principe du droit des contrats. En droit international privé, le principe d'autonomie a pour effet que les parties peuvent choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles. En ce sens, les théories du droit des contrats et du droit international privé se rapprochent à tel point que la ligne de démarcation devient difficilement perceptible.

Selon le droit des contrats, les cocontractants peuvent choisir la teneur de leurs obligations. Le droit applicable détermine également dans une certaine mesure les obligations que les parties n'ont pas précisées dans leur contrat. Le droit applicable comporte ainsi un ensemble de règles plus complet que celles envisagées par les parties dans leur contrat.

Le problème du choix de la loi applicable à un contrat international a été en grande partie résolu dans certains pays africains par les tribunaux, d'une part et d'autre part, par la loi¹⁰⁸⁴.

Dans les nouveaux États de l'Afrique francophone, les exigences du commerce international, la

¹⁰⁸³P. Imbert, « *Les contrats d'intermédiaires du commerce international* », Thèse, Lille, 1996, spéc.128.

¹⁰⁸⁴ Loi guinéenne n°51-62 du. 14 avril 1962, Loi de la République Centrafricaine du 3 juin 1965 et Loi gabonaise du 29 juillet 1972 portant adoption de la première partie du code civil, J.O 20 déc.1972.

multiplicité et la diversité des échanges avec la France et les autres pays, semblent imposer la reconduction pure et simple du libre choix de la loi applicable en matière contractuelle¹⁰⁸⁵. En France, cette solution a été consacrée par la jurisprudence¹⁰⁸⁶ et la doctrine¹⁰⁸⁷.

Cette solution a été adoptée par la République Centrafricaine, membre de l'OHADA, par une loi du 3 juin 1963, en son article 42.

La détermination de la loi applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire ne soulève pas de problème théorique particulier dans l'espace OHADA. Ces relations naissent d'un contrat, par conséquent, elles doivent être normalement soumises à la loi choisie par les parties ou, à défaut, à une loi à déterminer, avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits.

Le choix doit être exprès ou qu'il résulte avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.

Ainsi, le principe de l'autonomie de la volonté est clairement exprimé dans l'AUDCG en son article 239 selon lequel, il est supplétif de volonté.

En outre, la possibilité offerte aux parties à un contrat d'intermédiaire de soumettre leur relation à un droit autre que l'AUDCG est précisée à l'article 177 qui dispose que « *Le représenté et l'intermédiaire d'une part, l'intermédiaire et le tiers visé à l'article 169 ci-dessus d'autre part, sont liés par les usages dont ils avaient ou devaient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée. Ils sont également liés par les pratiques qu'ils ont établies entre eux* ».

La même possibilité est offerte aux parties par la Convention de La Haye du 14 mars 1978. En effet, son article 5 retient « *la loi interne choisie par les parties* » formule qui exclut le renvoi, comme il est de tradition dans les Conventions de La Haye¹⁰⁸⁸.

Dans les rapports internationaux, la force obligatoire du contrat n'a pas toujours trouvé son vecteur unique dans l'autonomie de la volonté : les rattachements se sont « affinés » afin d'exprimer dans la sphère internationale l'émergence des préoccupations d'ordre social constituées par l'idée que le seul pouvoir de volonté n'aboutit pas à l'équilibre des intérêts des parties.

¹⁰⁸⁵ Encyclopédie juridique de l'Afrique, Chapitre XVII, p., 450.

¹⁰⁸⁶ CA Douai, 5 déc. 1901: JDI 1902, p.311 et, sur pourvoi, Cass. req., 27 juill. 1903: JDI 1904, p.394.

¹⁰⁸⁷ J. Foelix, Traité de droit international, n°105, p.225.

¹⁰⁸⁸ P. Lagarde, « *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation* », RCDIP, 1978, p. 35.

Ainsi, la soumission du contrat d'intermédiaire à une autre loi se fait sous réserves des dispositions impératives et d'ordre public des différentes législations nationales ou communautaires eu égard au statut que celles-ci ont édicté pour les intermédiaires.

L'existence de règles impératives est la limite la plus importante affectant le principe d'autonomie des parties. Même si les parties sont libres de déterminer leurs obligations contractuelles, elles restent soumises aux limites de certaines règles qui sont trop importantes pour qu'il soit permis d'y déroger.

Les règles impératives ne sont plus dictées au seul niveau national actuellement.

L'intégration régionale s'accroît. Une réglementation régionale harmonisée ou unifiée peut également comporter des règles impératives.

L'AUDCG a institué un régime de protection au profit des intermédiaires de commerce et plus précisément au profit de l'agent commercial. En effet, l'article 229 de l'AUDCG institue au profit de l'agent commercial le droit à une indemnité en cas de cessation de ses relations avec le mandant que l'article 232 du même Acte uniforme a érigé en loi de police en ce qu'il dispose qu'« *est réputée non écrite toute clause ou convention dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions des articles 186 à 189 ci-dessus* »¹⁰⁸⁹.

Dans l'Union européenne, ce point de vue a été confirmé par la Cour de Justice des Communautés européennes, (devenue depuis la CJUE) qui a jugé que la directive sur les contrats d'agence¹⁰⁹⁰ comportait des règles impératives au niveau international¹⁰⁹¹.

La détermination des règles internationalement impératives devant être appliquées dans une affaire n'est pas toujours claire. Le for appliquera souvent ses propres règles internationalement impératives dès lors qu'elles sont plus avantageuses que celles prévues par le droit conventionnel.

¹⁰⁸⁹Voir notre Première partie, Titre I.

¹⁰⁹⁰Directive du Conseil 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membre concernant les agents commerciaux indépendants ; Journal Officiel L 382, 1986, p. 17.

¹⁰⁹¹Aff. C-381/98, Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc., arrêt du 9 novembre 2000, [2000] Rec. I-9305 ; également disponible à l'adresse < <http://curia.europa.eu/> >.

2. La détermination de la loi applicable par le rattachement

La détermination de la fonction de la règle de conflit dans les relations contractuelles en matière de représentation volontaire n'est pas aisée¹⁰⁹². La structure de la règle de conflit dans les États membres de l'OHADA était discutée. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 régleme elle aussi la loi de fond du contrat interne, c'est-à-dire celui liant l'intermédiaire au représenté.

En l'absence de clause d'*electio juris* dans le contrat international d'intermédiaire de commerce, comment désignera-t-on la loi applicable aux relations juridiques nouées entre le représenté et l'intermédiaire? La solution varie selon que le litige est porté devant le juge ou l'arbitre.

La fonction de la règle de conflit s'articule d'une part autour des objectifs classiques de tout contrat, c'est-à-dire la prévisibilité quant à la loi compétente, et d'autre part autour du respect du statut protecteur de l'intermédiaire¹⁰⁹³. Il s'agit donc à la fois de s'appuyer sur des rattachements clairs, pour répondre au premier objectif, tout en assurant le respect de la loi s'offrant à protéger l'intermédiaire par un statut spécial.

Le juge étatique saisi détermine la loi qui va régir le contrat par référence aux dispositions du droit matériel de l'AUDCG ou de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 parce qu'ils constituent le droit commun des contrats d'intermédiaires et du droit commun applicable en matière de loi applicable ou à défaut appliquer les règles de conflit en vigueur dans l'État duquel il tient ses pouvoirs.

Si les parties n'ont pas choisi expressément ou implicitement une clause d'*electio juris* dans leur contrat, la loi applicable aux relations entre le représenté et le représentant est celle de l'État dans lequel celui-ci a, au moment de la formation du rapport de représentation, son établissement professionnel ou, à défaut sa résidence habituelle (article 5 de la Convention de La Haye). En cas de pluralité d'établissements, il convient de retenir logiquement celui auquel le rapport de représentation se rattache le plus étroitement.

On retrouve ici le critère de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique, déjà consacré par la Convention de La Haye du 15 juin 1955¹⁰⁹⁴.

Contrairement au juge étatique, l'arbitre n'a pas de for, c'est-à-dire de pays d'attache et en

¹⁰⁹²C. Mouly, « *La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises* » : RID comp.1983, p.829, spéc. n° 3. spéc.284, p.255.

¹⁰⁹³L'article 232 de l'AUDCG a érigé en loi de police l'indemnité de fin de contrat qui doit être obligatoirement versée à l'agent commercial.

¹⁰⁹⁴Op. cit, note n°539, p. 35. p.36.

conséquence, n'a pas de *lex fori*. Aucune règle de conflit ne s'impose donc à lui. Il dispose d'une grande liberté pour déterminer le droit applicable au fond du litige.

En ce sens, l'article 15 de l'AUA dispose que « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties, ou à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir* ».

Il en résulte que l'arbitre jouit d'une grande latitude dans la détermination du droit applicable au fond du litige, lorsque les parties n'ont pas expressément effectué de choix à cet effet¹⁰⁹⁵. L'arbitre peut ainsi recourir à la méthode de « *la voie directe* », qui lui permet de déterminer le droit applicable au fond du litige sans être tenu de recourir à la traditionnelle méthode de conflit¹⁰⁹⁶.

L'arbitrage, même étant une justice privée d'origine contractuelle, trouve ses limites dans les frontières de l'autonomie de la volonté. Même sans texte spécial, on ne saurait conclure un compromis d'arbitrage dès lors que cette convention aurait pour effet de « *déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs* » ou qu'elle aurait un objet ou une cause illicites¹⁰⁹⁷.

Ce principe général a été consacré par les deux textes matériels qui permettent d'écarter la loi désignée lorsqu'elle est « *manifestement incompatible avec l'ordre public* » international du for. Cette possibilité résulte dans l'AUDCG de son article 232 qui dispose qu'« *est réputée non écrite toute clause ou convention dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions des articles 186 à 189 ci-dessus* ». De cette règle, on peut déduire que les parties pourront soumettre les contrats d'intermédiaire à leurs lois de police nationales, compte tenu de l'étroite parenté unissant cette notion de loi de police à celle d'ordre public¹⁰⁹⁸. Ainsi l'article 232 de l'AUDCG favorise les intermédiaires en permettant l'application de nombreuses lois qui les protègent contre les entreprises qui font appel à leurs services.

¹⁰⁹⁵G. Kenfack Douajni, « *L'arbitrage OHADA* », Presse universitaire de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p.38, spéc. n°133 et 134.

¹⁰⁹⁶Voir notre Première Partie, Titre I, Chap I. Section II. § II, p.111 et s.

¹⁰⁹⁷H. Motulsky, « *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage* », Dalloz, 2010, p.60, spéc.9.

¹⁰⁹⁸Op cit, note n° 560, p.30 spéc. 48.

B La loi applicable aux relations entre le représenté et le tiers et entre le tiers et l'intermédiaire

Étant donné l'existence d'un double rapport de droit, admettra-t-on l'application de deux lois différentes, l'une régissant les rapports du représentant et du représenté, l'autre déterminant ceux du représenté et du tiers, ou au contraire, considérant que le propre du mandat est de se greffer sur un autre contrat, voudra-t-on assurer l'unité juridique des deux opérations?

La Convention de La Haye du 14 mars 1978 n'a pas pour objet de désigner la loi applicable au contrat de vente conclu entre le représenté et le tiers grâce à l'intervention de l'intermédiaire ; dit contrat principal ; lequel est soumis à un large choix des parties (1). La Convention de La Haye entend seulement à déterminer la loi qui établira si l'intermédiaire est personnellement obligé vis-à-vis du tiers contractant, dans quelle mesure et sous quelles conditions (2).

1 La soumission du contrat principal à la loi d'autonomie

La Convention de la Haye du 14 mars 1978 et l'AUDCG ne s'occupent pas de la loi applicable au contrat dit principal que l'intermédiaire conclut avec le tiers pour le compte du représenté¹⁰⁹⁹. Ce contrat principal peut être soumis à la loi choisie par les contractants. Autrement dit, il est soumis à la loi d'autonomie.

La loi d'autonomie est la pierre angulaire des contrats internationaux. A cet égard, elle a été consacrée par diverses conventions de droit international privé et par les règlements européens.

La convention de La Haye du 15 juin 1955 consacre le principe d'autonomie. En effet, son article 2 énonce que « *La vente est régie par la loi du pays désigné par les parties contractantes* ». Il précise que le choix de la loi « *doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat* ».

La CVIM est supplétive de volonté en ce sens qu'elle donne la possibilité aux parties de soumettre leur contrat à la loi de leur choix¹¹⁰⁰. Il en est également de l'AUDCG dont l'article 239, alinéa 2 en fait, en matière de contrat international de vente commerciale, un droit supplétif de volonté. Ce caractère supplétif ressort également à l'article 177 de l'AUDCG qui prévoit la possibilité pour les parties d'être liées par les usages dont elles ont ou avaient connaissance.

¹⁰⁹⁹ P. Lagarde, « *La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation* », RCDIP, 1978, p. 35.

¹¹⁰⁰ Voir article 6 de la CVIM.

La Convention de Rome devenue Règlement Rome I du 17 juin 2008 a maintenu la règle relative à la liberté de choix de la loi applicable. Les parties peuvent donc choisir la loi applicable à tout ou partie de leur contrat dans des conditions identiques à celles qui prévalent sur la convention de Rome¹¹⁰¹. Deux modifications importantes sont introduites dans le Règlement à propos du régime de l'autonomie de la volonté : la possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique comme les Principes Unidroit, les PECL (*Principles of European Contract Law*)¹¹⁰², la lex mercatoria ou les usages.

L'AUDCG et la CVIM prévoient l'application des principes généraux du droit dont ils s'inspirent, les usages, la lex mercatoria sous réserves des limites apportées à l'autonomie de la volonté.

Les limites apportées à l'autonomie de la volonté peuvent résulter des règles impératives ou de l'exception d'ordre public. L'AUDCG prévoit que l'agent commercial a droit à une indemnité de commission à la fin de son contrat. Toute clause contraire à cette disposition est réputée non écrite¹¹⁰³.

2. La loi applicable entre l'intermédiaire et le tiers

L'existence de litiges entre l'intermédiaire de manière générale et le tiers contractant est exceptionnelle, que ce dernier soit nanti ou non d'un pouvoir de représentation¹¹⁰⁴. En effet, les actes matériels ou juridiques accomplis par ce dernier déploient leurs effets sur la personne et dans le patrimoine du représenté.

Pour déterminer avec précision les règles de droit applicables aux rapports entre l'intermédiaire et le tiers contractant, il convient d'envisager la situation dans laquelle ces rapports sont de nature non contractuelle **(a)** et la situation dans laquelle ces rapports sont de nature contractuelle **(b)**.

¹¹⁰¹ S. Francq, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles. - De quelques changements », Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2009, 2.

¹¹⁰² Le considérant 13 prévoit que le règlement « n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ».

¹¹⁰³ L'article 232 de l'AUDCG a érigé en loi de police l'indemnité de fin de contrat qui doit être obligatoirement versée à l'agent commercial.

¹¹⁰⁴ C. Diloy, « Les contrats d'agence commerciale en droit international », L.G.D.J. 2000, p., 317.

a) La loi applicable dans les relations non contractuelles entre l'intermédiaire et le tiers

Il n'existe pas, en principe, de rapports contractuels entre le tiers et l'intermédiaire. Ce dernier devra toutefois répondre des fautes, des délits ou des quasi-délits dont il sera l'auteur dans l'exercice de son activité de prospection ou de représentation¹¹⁰⁵. Quelle loi devra-t-on alors appliquer en cas de litige entre l'intermédiaire et le tiers ? A notre sens, il conviendrait de rechercher la réponse soit dans le droit international privé commun des États membres de l'OHADA, soit dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux intermédiaires et à la représentation.

En raison de la faute de l'intermédiaire, la relation souhaitée par le tiers n'a pu se former entre lui et le représenté. Il est logique que le recours soit soumis à la *lex loci delicti*.

En application de ce principe, la Cour d'appel de Ouagadougou, dans un arrêt du 20 juin 2008, a jugé qu'un tiers qui veut que les actes passés entre le représentant et le tiers lient le représenté ne peut prospérer « *dès lors que l'intermédiaire n'a pas été impliquée en aucune manière, à la formation et à l'exécution du contrat de transport de marchandises né entre le commissionnaire de transport pour le compte de la chargeur-expéditeur et le transporteur maritime* »¹¹⁰⁶.

Cet arrêt précise que l'intermédiaire ne peut voir sa responsabilité engagée dans une opération à laquelle il n'a pas participé. En clair, la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle de l'intermédiaire n'a pu être engagée au seul motif qu'elle n'avait pas participé à la conclusion du contrat.

Dans une autre espèce concernant le courtier en assurance, considéré également comme intermédiaire dans l'AUDCG, la Cour suprême de Côte d'Ivoire a jugé, dans un arrêt en date du 17 janvier 2002, que « *le courtier qui représente une compagnie d'assurance à la signature d'un contrat, n'endosse pas les obligations contractuelles de celle-ci vis-à-vis de l'assuré* »¹¹⁰⁷.

Cet arrêt consacre implicitement le principe de l'effet relatif des contrats. En effet, la mission du courtier s'arrête à la conclusion du contrat. Le contrat conclu ne produira d'effets qu'entre les parties, c'est-à-dire la compagnie d'assurance et l'assuré.

Toutefois, l'article 15 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 semble rattacher le dépassement des pouvoirs ou sans pouvoir de l'intermédiaire à la loi qui régit les effets de la représentation entre ce dernier et son représenté en ce qu'il dispose que « *la loi régit les relations*

¹¹⁰⁵Op. cit, note n°569.

¹¹⁰⁶C. A d'Ouagadougou, Arrêt du 20.06.2008, arrêt n°046, Maersk Burkina Faso c/SCIMAS, Ohada J.10.130

¹¹⁰⁷Cour Suprême de Côte d'Ivoire; arrêt du 17/01/2002, arrêt n° 75, ACCI C/ Veuve SIDIBE TRAORE MARIAM, Actualités juridiques n°35-2003, p.41. Voir également Ohadata J-03-82.

entre l'intermédiaire et le tiers dérivant du fait que ce dernier a agi dans l'exercice de ses fonctions, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoir ».

Pour un auteur, il est logique que le « *recours que le tiers formera contre l'intermédiaire soit soumis à la loi dont l'application est à l'origine de ce recours, c'est-à-dire la loi qui régissait les effets de la représentation entre le représenté et le tiers* »¹¹⁰⁸. En conséquence, ce recours qui aura le plus souvent un fondement extra-contractuel, échappera à la *lex loci delicti*. Cette solution s'explique par le fait que l'article 15 de la Convention de La Haye ne distingue pas selon que l'intermédiaire a « *agi dans l'exercice de ses pouvoirs, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoirs* ».

Que l'agent commercial soit ou non doté du pouvoir de représentation, c'est la même règle de conflit qui déterminera la loi applicable dans ses rapports avec le tiers. Le droit ainsi désigné par la règle de conflit est identique pour les relations qu'entretient le tiers avec le représenté et l'agent commercial¹¹⁰⁹. Ainsi dans l'arrêt rendu par la Cour suprême de Côte d'Ivoire, la responsabilité de l'intermédiaire aurait été engagée même sans être muni d'un mandat. Cette responsabilité aurait été régie par la Convention de La Haye.

Quant à l'AUDCG, il n'en dit rien. Son article 183, alinéa 1 dispose que « *lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, ses actes ne lient ni le représenté ni le tiers visé à l'article 169 ci-dessus* ».

Toutefois, l'article 184 de l'AUDCG prévoit qu' « *un acte accompli par un intermédiaire qui agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, peut être ratifié par le représenté.*

Cet acte produit, s'il est ratifié, les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un pouvoir ».

Si le représenté ne ratifie pas l'acte accompli par l'intermédiaire, l'article 185, alinéa 1 de l'AUDCG dispose qu' « *un intermédiaire qui agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, est tenu, en l'absence de ratification, d'indemniser le tiers visé à l'article 169 ci-dessus afin de rétablir celui-ci dans la situation qui aurait été la sienne si l'intermédiaire avait agi en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir* ».

A la lecture de cet article, nous pouvons raisonnablement dire que son dernier démembrement de phrase aboutit à la même solution que son prédécesseur dans la mesure où il prévoit « *d'indemniser le tiers (.....) afin de rétablir celui-ci dans la situation qui aurait été la sienne si l'intermédiaire avait agi en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir* ».

¹¹⁰⁸ Op. cit, note ,n°569.

¹¹⁰⁹ Op. cit, note ,n°569.

Nous pensons que cet article offre la possibilité au tiers de se prévaloir de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. En effet, le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage.

D'apparence contradictoire, la solution prévue par les deux conventions sont identiques, elle paraît être équilibrée et logique. En effet, l'agent a commis une faute ayant empêché la formation du contrat entre le représenté et le tiers.

En conséquence, le tiers va pouvoir former un recours contre l'agent et ce recours doit être régi par la loi applicable à la relation existant entre lui-même et le représenté.

b) La loi applicable en cas de relation contractuelle entre l'intermédiaire et le tiers

S'il n'existe pas en principe, de relation contractuelle entre le tiers et l'intermédiaire, exceptionnellement, un rapport contractuel peut venir se greffer sur la relation intermédiaire-tiers. L'intermédiaire peut alors être contractuellement lié au tiers et engager à ce titre, sa propre responsabilité contractuelle.

Dans cette hypothèse, l'AUDCG et le projet d'acte uniforme relatif au des droits contrats, la Convention de la Haye du 14 mars 1978 font partie des textes concourant à déterminer la loi applicable aux relations agent commercial-tiers.

Mais s'agit-il véritablement d'un contrat d'agence ou d'un contrat de vente commerciale dans la mesure où la relation entre l'intermédiaire et le tiers ne peut en aucun cas s'analyser en un rapport de représentation ?

On ne saurait donc écarter l'application de l'AUDCG ou du projet d'AUC lorsque les relations entre l'intermédiaire et le tiers sont de nature contractuelle et n'ont pas la nature de « représentation ».

SECTION II LES SOLUTIONS A LA CONCURRENCE ENTRE AUDCG ET LES CONVENTIONS INTERNATIONALES RELATIVES A LA VENTE COMMERCIALE

Les conventions en matière de vente internationale sont nombreuses et méritent à peine d'être rappelées tant elles sont patentes : la CVIM, l'AUDCG, la CRIV, la Convention de New-York du 14 juin 1974 etc.

Si sur le plan du droit substantiel, ces conventions ont le mérite de réduire les conflits de lois ; il n'en demeure pas moins que leur application à un même rapport de droit pose la question de la convention applicable.

Si de telles hypothèses ont paru chimériques en Afrique, il en va autrement, en Europe, où entre 1975 et 1979, trente six arrêts ont été consacrés à la solution des conflits de conventions¹¹¹⁰.

La question qui se pose est de savoir si ce qui est autorisé pour le choix de la loi applicable en matière contractuelle peut être autorisé aussi pour le choix de l'instrument conventionnel dès lors que celui-ci porte sur des matières dont les droits sont disponibles.

Nous répondrons à cette question en cherchant les solutions dans les dispositions pertinentes de la CVIM du 11 avril 1980 (**paragraphe I**) et les conventions accessoires de la CVIM (**paragraphe II**).

Paragraphe I Solutions préconisées par la CVIM

L'unification des règles matérielles conduit à distinguer deux procédés¹¹¹¹ : la convention dite unifiante, qui ne s'applique qu'aux relations internationales (la CVIM) ; les règles matérielles uniformes ou lois uniformes (AUDCG) qui gouvernent sans distinction les relations internes et internationales des États membres. Dans les deux cas, elles visent à apporter directement une solution de droit substantiel à une question de nature internationale, et présupposent l'inutilité d'un recours au procédé conflictuel, du moins entre États contractants¹¹¹².

Des questions se posent s'agissant de la détermination du texte matériel applicable au sein des relations entre un vendeur et un acheteur établis tous deux dans deux États africains ayant respectivement ratifié la CVIM et l'AUDCG, deux textes matériels d'origine différente.

¹¹¹⁰ B. Dutoit, « *Le lacis des conflits de conventions et leurs solutions* », R.C.D.I.P, 1984, p.568. Ces pays sont : la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la RFA et la Suisse.

¹¹¹¹ D. Bureau, note sous Civ, 1ère, 23 mars 1994, RC., 1994, p.545.

¹¹¹² A. Malan, « *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois* », thèse, PUAM, 2002, p.252 et s.

La réponse à cette question doit dépendre de la liberté de choix offerte par les règles des instruments en concurrence, et en particulier de celle qui doit prévaloir en vertu des clauses de compatibilité.

La clause de compatibilité figurant dans la CVIM prévoit, d'une part, qu'elle est supplétive de volonté, **(I)** et d'autre part, que ses dispositions donnent la primauté à l'instrument régional dès lors qu'un certain nombre de critères sont réunis **(II)**.

I L'application de l'AUDCG par la volonté des parties et le cas des réserves

L'AUDCG est un droit matériel d'unification de règles matérielles applicables à la vente commerciale, aux intermédiaires et à la représentation qui s'applique aux relations contractuelles nouées dans l'espace OHADA et à l'intérieur des États membres en vertu des dispositions de l'article 10 du Traité OHADA.

Dès lors que ce rapport de droit présente un élément d'extranéité à l'espace OHADA, il devient supplétif de volonté¹¹¹³.

De son côté, la CVIM est supplétive de volonté tel que l'énonce son article 6.

Aussi, il convient d'établir lequel des deux instruments régira le fond du droit dès lors qu'un même rapport de droit est soumis à ces deux instruments et que les parties n'ont pas choisi de convention applicable.

Pour répondre à notre problématique, il convient de déterminer le domaine d'applicabilité spatiale des conventions unifiance et uniforme **(A)** avant de nous référer aux clauses de compatibilité de la CVIM **(B)**.

A L'applicabilité du droit matériel unifié AUDG

L'ensemble du droit matériel unifié n'agit pas d'emblée sur la situation juridique, son domaine d'applicabilité spatiale devant être au préalable défini.

Le droit matériel de type AUDCG s'applique sans distinction aux situations internationales et internes. Il est soumis au même régime que les règles nationales et régit le litige lorsque l'ordre juridique qui l'intègre est désigné par une règle de conflit de lois¹¹¹⁴.

¹¹¹³Voir article 239. alinéa 2 de l'AUDCG.

¹¹¹⁴M. Fallon, « *Les règles d'applicabilité en droit international privé* », Mélanges Vandier Elst, Nemesis, Bruxelles, 1986, p.285.

La convention unifiante voit le plus souvent son domaine d'application défini dans l'espace. Son application suppose en général une localisation de la situation juridique dans un ou plusieurs État(s) contractants, par le biais d'une règle d'applicabilité, et ne régit pas indistinctement toutes les situations internationales. Cette règle d'applicabilité est structurée de façon unilatérale¹¹¹⁵ ou par le biais d'une règle de conflit désignant l'ordre juridique d'un État ayant intégré l'instrument conventionnel¹¹¹⁶. Elle a pour fonctions d'apporter des éléments de localisation dans les États contractants¹¹¹⁷ et de délimiter le champ d'application substantiel et matériel des règles unifiées par rapport aux autres règles de l'État du juge saisi.

L'avantage de la convention de droit matériel de type AUDCG est qu'il s'applique d'emblée, et rend inutile le recours au procédé conflictuel. En effet, en offrant une réglementation substantielle à la question de droit, il éteint le conflit de lois.

B La clause de compatibilité de la CVIM

Dans l'histoire des conflits de conventions, la clause de compatibilité a toujours joué un rôle important.

C'est ainsi qu'une clause de compatibilité a été insérée dans le traité d'assistance judiciaire entre Éphèse et Sardes conclu vers 98 avant Jésus-Christ. Ce traité se déclarait notamment inapplicable aux actions en responsabilité délictuelle intentées contre les ressortissants d'États- tiers ayant signé *in pari materia* un traité avec la cité contractante du for¹¹¹⁸.

Il en a été également de l'article 19-1 de la convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966 qui est ainsi libellé : « *La présente convention ne porte pas atteinte aux dispositions d'autres conventions ou accords auxquels les deux États sont parties et qui règlent la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ou des actes authentiques* ».

¹¹¹⁵ Il convient de préciser que l'AUDCG emprunte à la fois à la Convention unifiante et au droit uniforme. Son article 234 alinéa 2 dispose « *le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties* », tandis que l'article 1.1 a) de la CVIM dispose que « *la présente convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des États différents* ».

¹¹¹⁶ Là également, l'AUDCG intègre à la fois des éléments propres au droit uniforme et à la convention unifiante. Son article 234 alinéa 2 reprend l'article 1.1 b) de la CVIM « *lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État Partie* ».

¹¹¹⁷ Op. cit, note n°569 p.252 et s.

¹¹¹⁸ F. Majoros, « *Les conventions internationales en matière de droit privé, Partie spéciale I, le droit des conflits de conventions* », Éditions A. Pedone, 1980, p.67.

L'article 19 de la Convention germano-néerlandaise du 30 août 1962 contient une formule parallèle avec celle qui vient d'être citée mais cette clause réserve également l'application des traités futurs.

En vertu de l'article 19 de ce traité germano-néerlandais, celui-ci « *ne déroge pas aux dispositions des traités qui lient ou qui lieront les deux États et qui règlent la reconnaissance et l'exécution des décisions ou transactions judiciaires au sujet des matières spéciales* »¹¹¹⁹.

Fort de cette tradition, les rédacteurs de la CVIM ont introduit à l'article 90 de la CVIM que « *La présente convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans les États parties à cet accord* ». Elle n'est pas la seule disposition de la CVIM qui reconnaît le rôle actif que peut jouer l'unification régionale. En effet, l'article 92 est aussi important (peut-être même encore plus), puisqu'il représente une conséquence de la volonté exprimée par plusieurs pays¹¹²⁰, d'inscrire dans le texte de la CVIM la faculté, pour les États contractants, de déclarer qu'ils ne seraient liés ni par la deuxième ni par la troisième partie de la CVIM, qui concerne la « *conclusion du contrat* » et les « *droits et obligations des parties* ».

L'article 92 de la CVIM semble permettre, d'une façon implicite, aux États contractants de faire prédominer l'unification régionale sur l'unification globale. Il permet aux États de faire des réserves concernant respectivement « *la formation du contrat* » et les « *droits et obligations des parties* ». Le but de la réserve est de s'assurer que les règles régissant la formation et les droits et obligations des parties peuvent être remplacées par une autre règle de droit. Une telle réserve n'est pas possible en droit OHADA, même si le Professeur Tricot disait que certaines de ses dispositions étaient supplétives¹¹²¹.

En outre, l'article 94 de la CVIM la rend inapplicable aux relations contractuelles qui se nouent entre des parties qui ont leur établissement dans des États dont les droits de la vente sont en grande partie uniformes¹¹²². En effet, l'article 94 CVIM est le plus favorable à l'unification régionale du droit de la vente, parce qu'il n'exige pas que les résultats des efforts d'unification régionale

¹¹¹⁹Op cit, note n° 569.

¹¹²⁰F. Ferrari, « *La place de la régionalisation dans l'unification du droit de la vente* », RDAI, 2004, spéc. p. 449.

¹¹²¹D. Tricot, « *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA, la prescription* », Droit & Patrimoine, n°201, mars 2011, p.70.

¹¹²² Voir note n°578. Voir également J. Lookofsky, *Alive and Well in Scandinavia : CISG Part II*, 18 Journal of Law and Commerce, 1999, p. 292 .

prennent la forme d'un accord international¹¹²³. La condition posée par cet article est que les deux États contractants doivent avoir le même droit ou des règles très proches. Tel est le cas de l'AUDCG qui uniformise le droit de la vente commerciale dans l'espace OHADA.

Prenons un contrat de vente commerciale conclu entre un gabonais et un béninois. Nous savons que le Gabon et le Bénin sont respectivement membres de la CVIM et de l'OHADA. Les parties n'ont pas désigné de convention applicable à leur relation. L'AUDCG et la CVIM se trouvent concurremment applicables.

L'article 10 du Traité OHADA dispose que « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Le Gabon et le Bénin sont membres de l'OHADA.

Dans une telle espèce, l'interprète se référera aux dispositions de l'article 94 de la CVIM pour résoudre le litige et déterminer la convention applicable.

En conséquence, les règles d'uniformisation régionales prévaudront sur celles de la CVIM. Les juges appliqueront l'instrument régional au détriment de l'instrument universel.

II La primauté de l'instrument régional AUDCG sur la CVIM

Les rédacteurs de la CVIM, conscients de la prolifération des conventions unifiant le droit matériel et, par conséquent de la possibilité de l'applicabilité de plusieurs de ces conventions à un seul contrat, ont introduit une disposition spécifique, l'article 90, afin de régler les éventuels conflits pouvant se présenter entre les différentes conventions¹¹²⁴.

Prenons notre précédent exemple, un vendeur X établi au Bénin vend une marchandise à un acheteur Y, établi au Gabon. Le Bénin et le Gabon ont ratifié l'AUDCG et la CVIM. L'AUDCG est un droit dérivé de l'OHADA qui uniformise le droit de la vente commerciale dans les États membres tandis que la CVIM est un instrument à portée universelle¹¹²⁵. Quel instrument s'applique à cette relation ?

L'article 90 CVIM permet l'application du texte régional dès que les parties au contrat ont leur établissement dans des États parties à cet accord ou que l'accord international contient des matières régies par la CVIM en ce sens qu'elle « *ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à*

¹¹²³Op cit, note n°585.

¹¹²⁴Voir note n°585,spéc., p.403 s. et p. 449

¹¹²⁵Pour une référence en doctrine à la portée universelle de la CVIM, voir par exemple, Isabelle Barrière-Brousse, « *La création normative des États : Point de vue privatiste dans la mondialisation du droit* », sous la direction d'Eric Loquin et Catherine Kessedjian, 2000, p139.

conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des États parties à cet accord ».

Lorsqu'un État est à la fois un État contractant de la CVIM et d'un autre accord international régissant des questions concernant la vente et que les parties ont leur établissement dans différents États contractants de cet accord, tel est le cas en l'espèce : le Gabon et le Bénin sont membres respectifs de la CVIM et de l'AUDCG, la CVIM cède la place à ce dernier¹¹²⁶.

Cependant, l'article 90 contient une disposition controversée qui porte sur celle de savoir si les accords internationaux auxquels il fait référence doivent porter sur le droit matériel ou bien si les règles de droit international en font partie.

Bien qu'une partie de la doctrine penche en faveur de cette dernière interprétation¹¹²⁷, il semblerait que la condition prévue par l'article 90 selon laquelle il faut que l'accord « *contienne des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention* » limite les accords qui peuvent prévaloir sur ceux qui portent sur le droit matériel¹¹²⁸. En effet, comme la CVIM est, elle-même, une convention de droit matériel¹¹²⁹ qui ne prévoit pas de règles de droit international privé permettant de déterminer la loi applicable¹¹³⁰, seuls les accords internationaux portant sur des règles matérielles peuvent prévaloir sur la CVIM.

S'agissant des accords internationaux, peut-on dire que l'AUDCG est un accord international au sens de l'article 90 CVIM pour que celui-ci puisse prévaloir sur cette dernière?

¹¹²⁶ V. Heuzé, « *La vente internationale de marchandises* », LGDJ, février 2000, p.124.

¹¹²⁷ Cet auteur a été cité par M. Franco Ferrari, note 394 V. Beate Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, 1988, pp. 163 s. ; Lajos Vekas, *Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts*, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1987, p. 342; Peter Winship, *The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts*, dans *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* sous la dir. de Nina M. Galston and Hans Smit, 1984, pp. 1-41.

¹¹²⁸ Voir note n°585.

¹¹²⁹ Sur ce point v. Tribunale di Padova, 25 février 2004, publiée sur le site internet « <http://www.unilex.info/case.cfm> »? précisant que la CVIM « est une convention uniforme de droit matériel et non pas de droit international privé comme cela est souvent affirmé de façon erronée » ; v. aussi Tribunale di Rimini, 26 novembre 2002, publiée sur le site internet « <http://www.unilex.info/case.cfm> », affirmant que la CVIM est « une convention de droit matériel ».

¹¹³⁰ Pour cette conclusion v. Fritz Enderlein et Dietrich Maskow, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, 1992, p. 370. Cet auteur a été cité par M. Franco Ferrari, note 390.

La question avait été posée s'agissant des directives européennes si celles-ci étaient des « *accords internationaux* » et, par conséquent, si elles peuvent supplanter la CVIM. Si, d'un côté, ces directives remplissent la condition de matérialité prévue à l'article 90 de la CVIM, dans la mesure où elles contiennent « *des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention* », d'un autre côté, il semble difficile de les qualifier d'« *accords internationaux* » tels que définis par la CVIM¹¹³¹. Le fait que les États membres de l'Union européenne soient obligés de transposer ces directives dans leur droit interne pour se conformer à un traité entré en vigueur avant la CVIM, n'est pas suffisant pour permettre de les qualifier d'« *accords internationaux* » au sens de l'article 90¹¹³². Par conséquent, les directives ne peuvent pas prévaloir sur la CVIM, du moins sur la base de l'article 90.

Quand à l'AUDCG, il n'est pas une directive au sens du droit communautaire de l'Union européenne, mais un droit matériel directement applicable dans le droit interne des États parties au Traité OHADA et aux relations commerciales intracommunautaires.

Du point de l'article 90, l'AUDCG remplit le critère de matérialité.

En outre, l'AUDCG est ratifié par les 17 États parties au Traité OHADA.

En vertu des dispositions de l'article 90 de la CVIM, les parties au litige peuvent l'écarter au profit de l'AUDCG.

En conséquence, l'AUDCG supprime la CVIM et trouvera à s'appliquer dès lors que les conditions, de matérialité et d'établissement des parties sur le territoire de ses États contractants, sont réunies.

¹¹³¹ F. Ferrari, Art. 90 CISG, dans *Münchener Kommentar zum HGB* sous la dir. de Karsten Schmidt, vol. 6, 2004, p. 758.

¹¹³² Cité par Franco Ferrari : Contra, plaidant en faveur de la prévalence des directives européennes sur la CVIM, Rolf Herber, UN-Kaufrechtsübereinkommen : Produkthaftung – Verjährung, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1993, pp. 106-107 ; Rolf Herber, Mangelfolgeschäden nach dem CISG und nationales Deliktsrecht, *Internationales Handelsrecht*, 2001, pp. 190-191 ; Herber et Czerwenka, *supra* note 36, pp. 391-392 ; Wolfgang Witz et al., *Internationales Einheitskaufrecht*, 2000, pp. 574-575.

Paragraphe II Solutions aux conflits de règles matérielles OHADA et la CRIV sur les intermédiaires de commerce et a la représentation

La concurrence entre la CRIV du 17 février 1983 et l'AUDCG pouvait se poser légitimement si la 1^{ère} était entrée en vigueur. Néanmoins, les dispositions de la CRIV prévoient que l'on peut l'exclure soit en faisant des réserves ou en faisant jouer les conventions ou accords qui ont le même objet qu'elle **(I)**, d'une part. D'autre part, ses insuffisances conduisent à l'application d'un autre texte conventionnel **(II)**.

I Exclusion de la CRIV en vertu de ses propres dispositions

S'inspirant des solutions retenues par la CVIM, la CRIV a prévu qu'elle s'effacerait devant les accords internationaux déjà conclus ou à conclure ayant le même objet qu'elle si le représenté et le tiers sont établis sur le territoire d'États contractants ayant édicté, dans les matières qu'elle régit, des règles identiques ou voisines¹¹³³.

Il en résulte que deux conditions sont essentielles pour exclure l'application de la Convention de Genève : celle de l'existence d'une convention ayant le même objet qu'elle **(A)** et celle de faire une déclaration conjointe ou unilatérale **(B)**.

A Application de l'AUDCG ayant le même objet que la CRIV du 17 février 1983

L'AUDCG et la CRIV du 17 février 1983 définissent et réglementent « *les blocs* » sur lesquels sont régis les statuts et régimes des intermédiaires du commerce¹¹³⁴. Les deux instruments se complètent et s'appliquent à un même rapport de droit. Ils sont ainsi soumis à une concurrence. Il faut donc déterminer l'instrument applicable au rapport de droit.

La CRIV du 17 février 1983 ne constitue pas un droit universel parce qu'elle n'est pas entrée en vigueur¹¹³⁵.

¹¹³³ L'article 26 de la Convention de Genève du 17 février 1983 sur les intermédiaires de commerce en matière de vente internationale de marchandises prévoit également la possibilité pour les États contractants de déclarer la convention inapplicable lorsque le représenté et le tiers sont établis, l'un sur leur territoire, et l'autre sur celui d'un pays non contractant spécialement désigné.

¹¹³⁴ L. Yondo Black, « *Les enjeux de la réforme: une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA* » Droit et Patrimoine, n°201, mars 2011, spéc., p.44.

¹¹³⁵ La Convention de Genève a été ratifiée par l'Italie, le 10 octobre 1986 et la France, le 7 août 1987. Elle a été signée par le Chili, le Saint Siège, le Maroc et la Suisse le 17 février 1983. L'Afrique du Sud, le 27 janvier 1986 et le Mexique, le 22 décembre 1987 y ont adhéré. Aucun pays africain membre de l'OHADA n'a ratifié cette convention.

L'AUDCG est entré en vigueur le 1er janvier 1998 dans seize États, dont aucun n'a ratifié la CRIV.

A priori, il n'existe aucun conflit entre les deux instruments parce que la Convention de Genève n'a pas eu les ratifications nécessaires à son entrée en vigueur.

Il existe donc des États qui ne sont pas liés par les règles prévues par la CRIV, et qui seront, par conséquent, libres de participer à l'unification du droit des intermédiaires à tout niveau, y compris au niveau régional, sans devoir s'inquiéter des conflits potentiels avec la CRIV.

Si elle était entrée en vigueur, des conflits potentiels avec l'AUDCG pourraient être imaginés. C'est le cas où la CRIV et l'AUDCG sont applicables à un même rapport juridique. L'instrument régional doit-il toujours céder la place à l'instrument universel ?

La CRIV a prévu qu'elle s'effacerait devant les accords internationaux déjà conclus ou à conclure ayant le même objet qu'elle, si le représenté et le tiers sont établis sur le territoire de pays parties à ces accords¹¹³⁶.

L'article 23 de la CRIV reconnaît, au moins de façon implicite, qu'il y a une possibilité d'unification régionale même dans les « *matières régies* »¹¹³⁷ par elle. En conséquence, elle s'effacerait si un tel accord existe.

Au niveau de l'OHADA, les Actes uniformes remplissent les conditions matérielles de l'article 23 de la CRIV. Les Actes uniformes sont des règles de droit dérivé applicables directement dans l'ordre juridique national des États parties¹¹³⁸. Ils peuvent donc prévaloir sur la CRIV.

Si le juge est saisi, ce dernier doit examiner d'abord si les deux textes sont entrés en vigueur dans les deux pays avant de désigner la convention ou la loi applicable. Si les deux pays sont à la fois signataires de la Convention et de l'AUDCG, il devrait nécessairement s'assurer que l'un des deux textes est entré en vigueur. La CRIV n'étant pas entrée en vigueur, il l'écartera au profit de l'AUDCG.

En revanche, si les deux États ne sont pas membres de l'OHADA, les juges ou les arbitres devront procéder par analyser la volonté des parties ou le cas échéant procéder par le système de

¹¹³⁶ Art.23 CRIV.

¹¹³⁷ Article 23 de la Convention de Genève sur la représentation et les intermédiaires en matière de vente internationale de marchandises « *La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions de droit matériel concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que le représenté et le tiers ou, dans le cas visé au paragraphe 2 de l'article 2, l'intermédiaire et le tiers aient leur établissement dans des États parties à cet accord* ».

¹¹³⁸ Article 10 du Traité OHADA de Port Louis.

rattachement pour désigner la loi ou la convention applicable.

B Les dérogations conventionnelles a la CRIV

La tradition dans les contrats internationaux est de permettre aux parties d'écarter ou de modifier, à leur guise, le droit uniforme pour mieux l'adapter à leurs relations. La CRIV le prévoit une première fois en termes généraux en ce sens qu'il prévoit que « *Le représenté ou un intermédiaire agissant conformément aux instructions expresses ou implicites du représenté peut convenir avec le tiers d'exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 11, de déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou d'en modifier l'effet* »¹¹³⁹. Ensuite, elle reprend en termes identiques à ceux de la CVIM à l'article 6, alinéa 2, que « *Les questions concernant les matières régies par la présente Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé* ».

Ainsi, des parties à un contrat d'intermédiaire peuvent convenir d'écarter la Convention au profit d'une autre convention matérielle, tel l'AUDCG, dans ses dispositions applicables aux intermédiaires de commerce.

II L'exclusion de la CRIV résultant des réserves et des insuffisances

Les réserves permettent aux États d'éviter d'importantes règles en matière de représentation conventionnelle. Ainsi peuvent être empêchés la liberté de forme et de preuve de l'habilitation, de la ratification ou de l'extinction du pouvoir¹¹⁴⁰ ou encore le recours du tiers contre le représenté en cas de commission¹¹⁴¹.

A Les exclusions prévues aux articles 11 et 27 de la Convention de Genève du 17 février 1983

L'article 11 CRIV dispose que « *Les dispositions de l'article 10, de l'article 15 ou du Chapitre IV autorisant pour l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir une forme autre que la forme écrite, ne s'appliquent pas lorsque le représenté ou l'intermédiaire a son établissement dans un État contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 27. Les parties ne peuvent déroger au présent paragraphe ni en modifier l'effet* ».

Cet article 11, mutatis mutandis, correspond à l'article 12 de la CVIM. L'article 12 de la CVIM dispose que « *Toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la*

¹¹³⁹ Article 5 de la CRIVM.

¹¹⁴⁰ Articles 11 et 27 de la CRIVM.

¹¹⁴¹ Article 29 de la CRIVM.

présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors qu'une des parties a son établissement dans un État contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 96 de la présente Convention. Les parties ne peuvent déroger au présent article ni en modifier les effets ».

L'article 11 CRIV renvoie la question des conditions de forme de l'habilitation au droit international privé du for¹¹⁴².

Quant à l'article 27, il dispose que : « *Tout État contractant dont la législation exige que l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir soit passée ou constatée par écrit dans tous les cas régis par la présente Convention peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 11, que toute disposition de l'article 10, de l'article 15 ou du Chapitre IV autorisant pour l'habilitation, la ratification ou l'extinction du pouvoir une forme autre que la forme écrite, ne s'applique pas lorsque le représenté ou l'intermédiaire a son établissement dans cet État* ».

Cet article fait écho à l'article 96 de la CVIM. En effet, l'article 96 de la CVIM dispose que « *Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet État* ».

Le critère d'application des déclarations faites en vertu de l'article 27 est constitué par le lieu d'établissement, non plus de l'une quelconque des parties, mais seulement du représenté ou de l'intermédiaire¹¹⁴³.

¹¹⁴² V. Heuzé, « *La vente internationale des marchandises* », L.G.D.J., février 2000, p.192.

¹¹⁴³ V. Franco Ferrari, Art. 90, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG* sous la dir. de Pete Schlechtriem et Ingeborg Schwenzer, 4e éd., 2004, pp. 842-843; Peter Kindler, *Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch- italienischen Rechtsverkehr*, Recht der internationalen Wirtschaft, 1988, p. 770.

B Les insuffisances de la CRIV du 17 février 1983

La CRIV est restée lettre morte parce qu'elle n'a pas eu les ratifications nécessaires. Son application est compromise. En outre, elle présente d'importantes omissions. La CRIV a un contenu restrictif. Elle a occulté des questions fondamentales en matière d'intermédiation. En effet, les relations entre l'intermédiaire et le représenté ont été occultées. On a donc reproché à la Convention de concentrer exclusivement son propos sur les effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire vis-à-vis du tiers, en oubliant les effets des actes entre le principal et l'intermédiaire.¹¹⁴⁴

Quand à l'AUDCG, dans ses dispositions relatives aux intermédiaires de commerce, il a comblé cette lacune, en précisant qu'il s'applique aussi aux relations entre l'intermédiaire et le principal. L'article 171 de l'AUDCG prévoit qu'il s'applique non seulement à la conclusion des contrats par l'intermédiaire de commerce, mais aussi à tout acte accompli par lui en vue de la conclusion ou pour l'exécution de ces contrats. Ainsi, l'AUDCG trouve pleinement application dans cette relation, la convention s'inclinant à son profit.

¹¹⁴⁴C. Diloy, « *Le contrat d'agence commerciale en droit international* », thèse, LGDJ, 2000, spéc. p.178.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'AUDCG, convention de droit matériel uniforme a été adopté dans le sillage de nombreuses conventions d'unification du droit matériel et des autres conventions d'unification des règles de conflits de lois applicables à certains contrats internationaux dont la vente, la prescription et les intermédiaires et la représentation.

A cet égard on a craint le risque d'apparition d'un nouveau type de conflits : celui des conflits de conventions.

Mais l'étude des différentes conventions a démontré qu'il existe plutôt une complémentarité entre l'AUDCG et ses prédécesseurs y compris la convention d'unification de règles de conflits de lois de La Haye du 14 mars 1978.

L'ensemble des conventions étudiées accorde une place privilégiée à l'autonomie de la volonté tant en matières de vente que de représentation sous réserve des dispositions impératives et d'ordre public des États ou de l'ordre communautaire.

En outre, il est prévu dans les conventions de droit uniforme matériel et d'unification des règles de conflits relatives à la loi applicable aux intermédiaires et à la représentation que l'intermédiaire est le porteur de la loi applicable. A cet égard, elles s'inscrivent toutes dans une démarche de prévisibilité et de sécurité des contrats internationaux.

Enfin, lorsque les conflits de conventions sont avérés, les clauses de compatibilité insérées dans la CVIM et le Protocole du 11 avril 1980 prévoient l'application de l'instrument régional ayant le même objet qu'eux.

CONCLUSION GENERALE

Les États membres de l'OHADA ont fait un pas de géant dans le droit du commerce international en adoptant une règle de droit matériel applicable de la même manière à l'intérieur de leurs ordres juridiques. Ce faisant, ce droit matériel instaure la prévisibilité et la sécurité juridique et judiciaire. Dans notre étude, nous avons expliqué avec précision que l'AUDCG est une norme juridique internationale qui est née pour régir les relations tant privées internationales (à la condition que la relation contractuelle ait un rapport avec l'espace OHADA) qu'internes.

A ce titre, l'importance du droit uniforme OHADA réside dans la solution qu'il apporte au problème de la sécurité juridique des opérateurs du commerce international et dans sa contribution à la simplification du droit. Nous avons mis en exergue que le droit uniforme OHADA s'est développé dans les relations internationales car le droit interne de chaque État ne pouvait s'adapter et régir convenablement celles-ci.

Le droit uniforme OHADA sert donc véritablement les intérêts des opérateurs du commerce international. A cet égard, il est un droit neutre. Cette neutralité facilite les échanges commerciaux internationaux.

Mais le problème fondamental de toute règle matérielle est de ne pas couvrir tous les domaines qu'elle s'assigne. A cet égard, nous avons démontré que l'AUDCG relatif au droit de la vente et des intermédiaires de commerce n'est pas un droit complet.

Il laisse donc la place aux conflits de lois à l'intérieur de l'espace OHADA lui-même mais aussi en dehors de cet espace.

Aussi, nous avons préconisé l'adoption d'une règle de droit international privé. L'adoption d'une règle matérielle de droit international privé assurerait la prévisibilité du droit applicable au fond et remédierait aux divergences de règles nationales de conflit de lois dont les solutions aboutissent à des résultats disparates.

A cet égard, le droit international privé viendrait compléter le droit matériel uniforme.

Le droit matériel OHADA, à la différence de ses prédécesseurs, a institué une cour supranationale chargée d'assurer l'interprétation autonome et uniforme du droit matériel. Ce dispositif novateur et unique au monde ne manquait pas de justification a priori : accélérer le cours de la justice, unifier les jurisprudences, mettre en échec la corruption des juges etc.

Il a été découvert que les juridictions suprêmes nationales vivaient douloureusement une telle capitis diminitio, de surcroît exponentielle, le droit uniforme OHADA envisage d'élaborer de

nouveaux actes uniformes relatifs aux droit des contrats, travail, obligations. En outre, le Traité OHADA a donné le pouvoir d'évocation à la CCJA, c'est-à-dire juger en fait et en droit, dans tous les litiges où sont en cause l'application et l'interprétation des Actes uniformes. Dans ces conditions, elle absorbera la plus grande partie du contentieux des actes uniformes et déposséderait ainsi les juridictions suprêmes nationales de tout pouvoir de juger.

Aussi, nous proposons la saisine de la CCJA après épuisement de toutes les voies de recours internes, seule manière d'une part de ré-dynamiser et de désengorger la CCJA ; d'autre part de remotiver les hautes juridictions nationales.

Nonobstant l'existence de cette cour, l'AUDCG n'échappe pas aux divergences d'interprétations eu égard à l'absence de procédures préjudicielles. Cette lacune processuelle est doublée de la diversité culturelle et linguistique dans l'espace OHADA. Les traductions imparfaites des termes juridiques conduisent nécessairement à des conflits d'interprétation.

La profusion de conventions internationales ayant le même domaine d'application que l'AUDCG met dangereusement en cause l'œuvre d'unification entreprise par l'OHADA. Cette profusion donne un sentiment de surabondance. Cette surabondance génère des conflits ou de concurrence conventions mais aussi de juridictions.

Nous préconisons, à cet égard, la mise en cohérence de l'OHADA avec les droits harmonisés ou communautaires des ensembles régionaux que sont l'UEMOA, la CEDEAO, la CEMAC, la CIMA.

Le droit OHADA doit obligatoirement adopter un Acte uniforme relatif au droit international privé matériel pour parachever son œuvre d'unification entreprise depuis vingt deux ans.

Index alphabétique

A.

Action directe, 68, 69,70.

Action en justice, 248, 251.

Arbitrage ad hoc AUA, 189, 191.

Arbitrage institutionnel, 195, 199, 206, 209.

Arbitrage CIRDI, 304,307,308 s.

Arbitrage CCJA, 307, 3011, 324

Arrêts préjudiciels, 176, 179,180, 181.

AUDCG, 31 33, 35,46,47,48,52,60,61,62 et s.

Autonomie de la clause d'arbitrage, 311.

B

Bonne foi, 108, 110.

Billet à ordre, 268.

C

Champ d'application

AUDCG, 363, 400,402.

Capacité.42, 48, 87, 236,

CCJA, 145, 149, 151, 153, 157, 168, 169, 176, 297 s.

CIRDI, 304, 307, 308, 316, s.

Cause, 57, 239, 248.

Clause d'(e)

- Arbitrage, 311,
- Compatibilité, 435.
- Limitative de responsabilité, 61, 62,
- Imprévision, 64, s.

Compétence matérielle, 149, 151.

Conflit de lois, 35, 36, 106, 251.

Conflit de conventions, 230, 238, 372, s.

Conflit d'interprétation, 30, 200.

Conflit de normes, 276.

CVIM, 409, 433, 435 et s.

Convention de Genève, 409, 419, 442, s.

Convention de New-York, 356, 357, 358, 360, 371 s.

Cours suprêmes nationales, 153, 162, 165.

Culpa in contrahendo, 133, 135.

D

Défaut de conformité, 376, 410, s.

Droits disponibles, 92, 94.

Dialogue, 336, 337.

E

Effets de commerce, 232, 235, 255, 256.

Effet personnel, 74, 75

Effet réel, 76, 77.

Environnement juridique, 282.

Exécution forcée, 328, 329.

F

Fonction consultative CCJA, 147

Fonction juridictionnelle CCJA, 151

Force majeure, 245.

For, 163, 256, 259.

I

Imprévisibilité

- règles de conflit, 80
- lois applicables, 80, s.

Interprétation, 109, 113, 121, 124, 140, 141, 143, 192, 193, 199, 211, s.

Intermédiaire, 423, 428, 429, 432, 40, s.

Investissements, 276, 278, 279, 280, 287, 289, 298 s.

J

Juridiction compétente, 92, 93, s

Juridictions nationales, 139, 163, 173, s

Juridiction d'attribution, 150, 151.

Justiciables, 170, 172, s.

L

Lacunes

- Externes, 35 s.
- Internes, 107, s.

Lenteur, 170, 171 et s.

Lettre de change, 245, 246, 255, 256, 268 s.

Lex causae, 218, 219

Lex contractus, 198, 206, 207, s.

Lex fori, 208, 209, 219, 385, 386, s.

Lex societatis, 284,

Loi d'autonomie, 37, 422, 427

Locus regit actum, 255, 256, 257, 258, s.

Lois de police communautaire, 40.

Lois de police, 260, 262, 263, 264, 266, 267, 270 s.

Lois de police étrangères, 265, 271

Du for, 264, 268.

Loi boursière, 284.

M

Matière spéciale, 340, s.

O

Objet, 54, 55, 56 s.

Obligations contractuelles, 98.

Offre, 118, 121, 133.

Ordre public

- international, 54.
- interne, 390.

P

Pacte d'actionnaires, 287.

Personne morale, 87

Personne physique, 84, s.

Pratiques, 213, s.

Prince de compétence-compétence, 312.

Principe du contradictoire, 316,

Principes fondamentaux, 316.

Principe d'indépendance, 317,

Principes d'Unidroit, 103, 105, 123, 125, 127, 142, 145, 390, 31, s.

Prescription, 246, 247, 352, 355, 357, 360, 361, 365, 366, 367, 379, 413, 414, s.

Protocole de Vienne, 356, s.

Pourparlers, 130.

R

Rattachement, 342, 387, 425,

Règles de conflit, 36, 79, 80, 185 s.

Renvoi, 36, s.

Regit actum, 255 256, 257, 258, 259.

Représentation, 405, 409, 417, 419, 421, 422, 440 s.

Réserves, 434, 442.

Restitution, 73, 74, 75, 77.

Résolution, 73, 74, 75, 76, 77.

S

Sécurité juridique, 297.

Sociétés cotées, 284.

Soft law, 99, 100.

Solutions, 96, 173, 202, 255, 333, 338, 339, 341, 433, 440 s.

T

Taux d'intérêts, 127.

U

UEMOA, 232, 246, 276, 278, 297, 303, 333 s.

Usages, 112, 114, 116, 118, 121.

V

Vente commerciale, 45, 55, 74, 359, 397, 407, 425

Vices du consentement, 52, s.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUDIT B., : La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (LGDJ) collection Droit des affaires, 1990.
- AUDIT B., : Droit international privé, 3 édition, Economica, 2004.
- ANCEL M. E., : La prestation caractéristique du contrat,, préface Laurent AYNES: ECONOMICA, n°246.
- ANTOINE K., : Théorie générale des usages du commerce international, L.G.D.J 1984. p.375
- Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, 1993
- ANTOINE L., : La coutume, LGDJ, 1932, p.253.
- ARMINJON, & CARRY P., : La lettre de change et le billet à ordre : Dalloz, 1938 p.312 n° 160.
- ASSER -T.M.C. : -Institut- Les nouvelles conventions de La Haye-Leur application par les juges nationaux, (Institut interuniversitaire de Droit international, sous la direction de Mathilde Sumampouw), La Haye, Sijthoff, 1976.
- BAROIN, Louis F. , : La vente en droit international privé (quelques conventions récentes), Recueil des Cours Académie de droit international, La Haye, Vol.93, 1958.
- BATIFOL H., : Les conflits de lois en matière de contrat. Etude de droit international privé comparé, Sirey 1938.
- BATIFOL H., : Les contrats en droit international privé, Mac Gill University, 1981
- Le pluralisme des méthodes en droit international privé, Recueil des Cours Académie de droit international, Vol.139, 1973.
- BEALE J. M., : A Treatise on the conflicts of laws, New-York, 1935/1936.
- BECHAR-T. M. & VIRASSAMY, G., : Les contrats de la distribution, sous la direction de Jacques GHESTIN, janvier 1999, LGDJ.
- BEGUIN J. et MENJUCQ M., : Droit du commerce international, Litec,2005, p.341 à 461.
- BERLIN D., : Droit international et distribution commerciale, in Droit et pratique des contrats internationaux, 1993, p.6-61.
- BISCHOFF J.-M. : La compétence du droit français dans le règlement du conflit des lois, Paris, LGDJ,1959.

BLOCH, P., Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales , Économica, 1986, p.228, spéc.328.

BRIERE C., : Les conflits de conventions internationales en droit privé, L.G.D.J, fév.2001.

BUREAU, D. et MUR WATT H., : Droit international privé, tome II, Partie spéciale, PUF, septembre 2007.

CHATILLON S., : Le droit des affaires internationales, édition Vuibert (gestion internationale), 2007, p.197 s et 265 s.

CHEMALY, R., : Conflits de lois en matière d'effet de commerce : RCADI, II/1988, t. 209, p. 361 s.

CLAVEL S., : Droit international privé, Dalloz.2008.p. 97 à 104.

CLAVEL S. & GALLANT, E., : Les grands textes de droit international privé, 1ère éd, Dalloz 2014, p. VII.

CRAHAY, P., : Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente, 1991, LGDJ.

DARIO MOURA V., : La propriété intellectuelle en droit international privé, RCADI, 2008.

D'AVOUT, L., : Les solutions du conflit de lois en droit des biens, Economica, Paris 2006.

DELEBECQUE P. et GERMAIN M., : Traité de droit commercial, tome 2, 16 éd. L.G.D.J, 2000. spéc. p.672 s.

DERAINS Y., : Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, in Le droit des relations économiques internationales, Mélanges en l'honneur B. GOLDMAN, Paris, Litec, 1982, p.29.

DILOY, C., : Le contrat d'agence commerciale en droit international, LGDJ, avril 2000.

FAUVARQUE-COSSON. B., : Libre disponibilité des droits et conflits des lois, LGDJ, 1996, n°154.

FRANCOIS-DEBY, G., : Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé., vol.XVI, n°13 s.

FOELIX J. J. : Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé, édition par DEMANGEAT, tomeI,p.1856.

FOUCHARD P., GAILLARD E., GOLDMAN B., : Traité de l'arbitrage commercial international, LITEC, 1996, spéc.p.813s et p.856.

GAVALDA C. & STOUFFLET, : Les effets de commerce, t. II, Thémis, P.U.F, 2è éd. 1984.

GOLDMAN B., : Les conflits de lois en matière d'instruments négociables. Rapport à l'International Bar Association : Third conference of the Legal Profession, London, July 19-31, 1950, La Haye 1952, p. 300.

HEUZE V., : La vente internationale de marchandises, L.G.D.J, 2000.

JACQUET, J-M., DELEBECQUE, P. & COURNELOUP, S., : Droit du commerce international, Dalloz 2007.

JAFFERALI R., MARQUETTE V. & NUYTS A., : Droit international des affaires, Larcier, 3è édition, 2009-2010.

JARROSSON, C., : La notion d'arbitrage, L.G.D.J., 1987, n°196.

JOBARD-BACHELIER M-N., : L'apparence en droit international privé, préf. P. LAGARDE, 1983, LGDJ.

KHAN, P., : La vente commerciale internationale, 1961.

LE TOURNEAU, P., : Les contrats de franchisage : Litec, 2003.

LEVY-BRULL, H., : Histoire de la lettre de change en France aux XVIIè et XVIII è siècles, Paris, 1933.

LIBCHABER, R., : Effets de commerce et chèques , Répertoire de droit international, Dalloz, 1998.

LOQUIN, E., : L'amicable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, CREDIM, vol.7, 1980, Litec, Librairies techniques.

LOUIS LUCAS, P., : L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé, Etudes Capitant.

LOUSSOUARN, Y. & BOUREL P. , : Droit international privé, Précis Dalloz, 9éd., n°73. 2007.

LOUSSOUARN, Y. & BREDIN, J.-D. : Droit du commerce international, éd.Sirey, 1969.

MAJOROS, F., : Les conventions internationales en matière de droit privé, A.Pedone, 1976.

MAYER, P. : Droit international privé, 10è éd, 2010, LGDJ, 454 et s.

MEYER, P., : Droit international privé burkinabè et comparé, éd. André Abolan, 1993, p.323 et s.

MOUSSERON, J.M., : Droit du commerce international, LITEC 2000.

MOUSSERON, P., : Les usages en droit de l'entreprise, LexisNexis, 2010.

NUYTS, A., : L'application des lois de police dans l'espace, réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire, Rev. crit. dr. int. privé, 1999, p.31 et s.

OSMAN, F., : Les principes généraux de la lex mercatoria, t.224, p.1992, Bibliothèque de droit privé, LGDJ.

POUDRET, J. F., BESSON S., : Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, L.G.D.J, 2002, spéc. p.626 s.

RENE, D., J. – SPINOSI, C., : Les grands systèmes de droit contemporains, 11 éd., Dalloz 2004, spéc.p.441s.

RENOLD, MARC, A., : Les conflits de lois en droit antitrust, contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique, vol.69, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1991.

RIPERT, G. & ROBLOT R., : Traité de droit commercial, t.1, vol.1, par L. VOGEL : Lgdj, 18 éd. 2002, n°134.

ROBLOT, R., : Les effets de commerce, Sirey, 1975.

SCHLECHTRIEM, P. et WITZ, C., : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Dalloz, 2008, p.66 s.

SZASZY, : Les principes généraux de droit international privé dans les Démocraties populaires, Revue critique de droit international privé, 1963, p.25ss. Et 234 et s.

THEVENAZ, A., : Le contrat de franchise, in les contrats de distribution. Quelques aspects juridiques. Melanges offerts au Professeur François Dessemontet, CEDIDAC, Lausanne, 1988, p.75.

THOMAS,V., : Effets de commerce, lettres de change et billet à ordre, Jurisclasseur droit international, Fascicule.566.20, 30 octobre 2002.

TOUBIANA, A., : Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, 1972.

ZAGOH, C., : Sûretés, Paiements et Financements internationaux : Une garantie de l'affectation des fonds dans les montages de financement de projet: La lettre de change, Revue droit des affaires internationales n°2, 1/04/2011, p., 195 s.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ASSI EUGENE, A. : L'ordre public international dans l'Acte Uniforme de l'Ohada relatif à l'arbitrage, *Revue de l'arbitrage* 2007, n°4, p.753.
- BOKALI-VICTOR, E., SOSSA DOROTHE C., : Droit des contrats de transport de marchandises par route, Bruylant, 2002.
- BORIS, M., : Business Law in Africa : OHADA and the Harmonization Process, ed. GMB Publishing, 2è édition, 30 juillet 2007.
- CAMILLE, K., : A la recherche du droit africain du Xxè siècle, *Connaissances et Savoirs*, 2005, p.279.
- DIALLO, Segni-S., : L'évolution du droit traditionnel; fondement de la dualité des juridictions en Haute-Volta, *Penant*, n°757, 1977, p.321 et s.
- DOMINIK, K., SYLLA O. & AKA, A., : Conclusions communes intérimaires, dans *Vers de nouvelles dynamiques entre loi et coutume*, Rapport final, Tome 1, Paris, CIRAD-LAJP, p.11-12.
- DUPUY, P. - M. : A propos de l'opposabilité de la coutume générale : brève enquête sur l'objecreur persistant", in *Mélanges Virally*, 1991, Pédone, p.257.
- FEVILIYE-D., CLAUDIA I., : La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun: l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone, *Revue Trimestrielle de droit Africain (Penant)*, 1/04/2004, n°847, p.133-140.
- GONIDEC P. -F., : Les droits africains: Evolution et sources, L.G.D.J, 1968.
- KAMTO M., : La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage Ohada, in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op.cit.p.89 s.
- LE BARS, B., : Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'OHADA, Joly éditions, 2011, spéc.p.102 à 129.
- LE ROY, E., : Les Africains et l'Institution de la Justice. Entre mimétisme et métissages, Dalloz, 2004, p.284.
- MARTOR B., NANETTE P., DAVID S., THOUVENOT S., : Business Law in Africa: OHADA and the Harmonization Process, ed. Kogan Page, 1ère édition, décembre 2002.
- MEYER, P., : Le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada dix ans après l'Acte Uniforme, *Rv.Arb.* 2010, n°3, p.467.

NDOYE, D., : Organisations internationales africaines: OHADA-UEMOA, éditions juridiques africaines.

POIRIER, J., : L'analyse des espèces juridiques et l'étude des droits coutumiers africains ,in M.GLUCKMAN, éd., Idées et procédures dans les systèmes légaux africains, 1969, p.97-109.

SAYEGH J- I. , POUGOUE P-G, SAWADOGO F. M, : OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés sous la direction de SAYEGH Joseph ISSA, Juriscope, 2002, 2è édition.

SAWADOGO F. M., : Le droit Ohada de l'arbitrage, in Mélanges Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p.963.

STEPHEN E.; MAC GAFFEY, J., : Le commerce international informel en Afrique sub-saharienne. Quelques problèmes, Cahiers d'Études Africaines, Vol. 37, Cahier 145 (1997), pp. 11-37.

VANDERLINDEN, J., : Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui", La justice en Afrique, n° spécial in Afrique Contemporaine n° 156, 1990, pp.231-238.

THESES ET MONOGRAPHIES

ABEDI, MOHAMMAD-T., : L'arbitre international de droit privé face au problème des conflits de lois (études du problème du droit applicable au fond du litige), thèse, Nantes, 1998.

AGOSTINI, E., : L'application des règles de conflit étrangères et des conflits de système en droit international privé, thèse, Bordeaux, 1975.

AUBIN, S., Le transfert de propriété dans la vente internationale de meubles corporels. Etude de droit comparé de droit international privé, thèse, Rennes, 2002.

AXEL ROUDE, B., : Le statut international des représentants de commerce, thèse, Paris, 1966.

BRIERE, C., : Les conflits de conventions internationales en droit privé, Paris, Lgdj, t.347, 2001.

BUREAU D., : Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse, Paris II, 1992. spéc.p.260 à 277.

CLARISSE, : De la représentation : son rôle dans la création des obligations, Thèse, Lille, imp. Daniel, 1949.

CONSTANTIN T., : Le droit pratique des affaires au Bénin, thèse, Paris I, 2002.

DE GRANDCOURT J-L., : Les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la communauté économique européenne., thèse, Rennes, 1965. p. 236 s.

DELAPORTE V., : Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Thèse, Paris I, 1974.

DE LA PRADELLE G., : La théorie des nullités et conflit de lois en droit international privé français, Thèse, Paris 1965.

DELAUME, : Les conflits de lois et le contrat de commission, sous la direction de J. HAMEL, Dalloz, 1949, p.353.

DEVICHI, J. R., : L'arbitrage, une nature juridique, L.G.D.J., 1965.

DIMA E., : La diversité en droit du commerce et de la concurrence : Un principe d'articulation des espaces normatifs en Afrique à partir du cas du Cameroun, Thèse, Paris 2008, p.384 ss.

DOIZEET Y., : Les commissionnaires en marchandises, Thèse, Paris 1946.

ESPINASSOUS, V., : L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois, thèse, Paris I, 2008.

FRANCE, Deby-G., : Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Thèse, 1973.

FRANCESKAKIS, P., : La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé, Sirey 1958.

GALVALDA, C., : Les conflits dans le temps en droit international privé, thèse, Paris, 1955.

GBAGUIDI, A., : Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique Noire, thèse, Bordeaux, 1998.

GLENN, P., : La capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Thèse, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1975.

GUYENOT, J., : Les contrats de concession commerciale- droit français et communautaire de la concurrence, 1968.

HANINE, J.-J., : Le contrat d'agent commercial en droit français et en droit italien (étude comparative), Thèse, Paris, Dalloz, 1977.

HASSAN, N. : Les usages commerciaux dans les contrats internationaux: contribution à l'étude critique du rôle des normes nationales en matière de contrats, thèse, Paris X, 1993.

HUGUES, K., : La franchise internationale, thèse, Toulouse, 1996.

IMBERT, P., : Les contrats d'intermédiaires du commerce international, thèse, Toulouse, 1996, p.168, n°444.

KANE, D., Aissatou K., : Intégration juridique dans la zone franc, Université de Perpignan, 1998.

KOBER, G., : La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, thèse, Paris 2, 1990.

KWAME, M-C, : Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence: UE, UEMOA, CEMAC, Thèse, Montpellier I, 2007.

LABORDE, J.-P., : La pluralité des points de rattachement dans l'application de la règle de conflit, thèse, Bordeaux, 1981, n°s 992 et s.

LE LAIDIER, G., : Conflits de juridictions et conflits de lois en matière d'arbitrage, thèse, Paris 1963.p.136 s et 180, n°79 s.

LEYMARIE, F. : Les usages commerciaux, Thèse, Bordeaux, 1970.

MALAN, A., : La concurrence des conventions d'unification des règles de conflit de lois, Presse Universitaire d' Aix-Marseille, 2002.

MESTRE, M- C, : La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, thèse, Paris, 1981.

MODI, K., HENRI-D.-B., : Droit communautaire des affaires(OHADA-CEMAC), Chennevières-Sur-Marne, éd. Dianoia, 2008.

NGOUMSTA, A. : Droit OHADA et conflits de lois, thèse, Université de Lyon, 2009.

N'GUESSAN, DONALD, J.-M., : Développement et intégration régionale en Afrique de l'Ouest: Analyse des contributions de l'OHADA et de l'UEMOA, thèse, Lille III, 2010, p.276 à 277.

PARISOT, V., : Les conflits internes de lois, thèse Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2009.

SALES, J., : Droit uniforme et conflits de lois : rôle de la théorie des conflits de lois en matière d'interprétation divergente des règles de droit uniforme, thèse, Paris 1966, n°220.

SARR, AMADOU-,Y. : L'intégration juridique dans l'union économique et monétaire Ouest africaine et dans l'OHADA, Aix en Provence, Presse universitaires d'Aix Marseille, PUAM, 2008.

SEYEN-GUERIN, S, : Le contrat de distribution internationale, Thèse, Paris XI, 2001.

SIMON, J..., : Le commerce international des céréales, thèse, Paris II, 1982.

TCHANTCHOU, H., : La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA: étude à la lumière du système des communautés européennes, l'Harmattan, 2009.

VOULGARIS, J., : Les conflits de lois en matière de transfert de propriété (Etude historico-comparative), thèse , 2è tirage revu et augmenté, Paris, 1973, p.107 s.

VIOLLE, J., : Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle, Thèse, Rennes, 1975.

ARTICLES

AMEDEE-MANESME, G., : A propos de la jurisprudence Salomon : Distribution sélective et franchise: RJ com. 1992, p.1.

ANCEL B., LEQUETTE, Y., : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5ème éd., Dalloz 2006. spéc.p.345 38-39§15.

AGONOJO-O., : Domaine d'application des droits traditionnels" in Encyclopédie juridique de l'Afrique, t.I, chap.XVI, p.393 s.

AKINBODE A., : The ECOWAS Treaty as legal tool for the adoption of OHADA treaty and laws by anglophone ECOWAS states, Penant, n°865, octobre-novembre 2008, p.865 s.

ANGELO Estrellafaria-J., : La CNUDCI et les autres organisations internationales. Petites Affiches, 18 décembre 2003, n°252, p.21.

AQUEREBURU A. C., : L'Etat justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA, Revue trimestrielle de droit africain (Penant), n°865, Octobre-décembre 2008, p.503 s.

ARBACHI, D. : La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires: Revue internationale de droit africain EDJA, n°44, janvier-Février-Mars 2000.p.7 s.

ASSI, E.,A., : L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 2007, p.753.

AUDIT B., : Le droit international privé en quête d'universalité, Recueil des Cours Académie de droit international, Vol.305, 2004. p. 186.

- Le caractère fonctionnel de la règle de conflit. Recueil des Cours Académie de droit international, La Haye 1984. tome 186,p.255.

BATIFFOL, H., : La loi appropriée au contrat, le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, décembre 1982, p.1à 13.

- Sur la signification de la loi désignée par les contractants, choix d'articles 1976.

- Le rôle de la volonté en droit international privé, archives de philosophie du droit, 1957,p.73 s.
- Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé, Paris Sirey 1938.
- L'arbitrage et les conflits de lois, Revue de l'Arbitrage, 1957, p. 110 et s.

BAPTISTE, R., : Le contrat international de distribution et la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises. Revue des contrats, 01 octobre 2007, n°4, p.1255.

BASEDOW, J. : Lex mercatoria and the Private International Law of contracts in Economic Perspective, Revue droit uniforme, 2007, p.697.

BELLET, P., : Le rôle des usages en matière d'arbitrage international suivant la jurisprudence française, Journées de la société de législation comparée,Revue Internationale de droit comparé. n°spécial, vol.7, 1985, p.231.

BEN HAMIDA, W., : Les principes d'Unidroit et l'arbitrage transnational : l'expérimentation des principes d'Unidroit aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées, Journal du droit international, Clunet, n°4, Octobre 2012, doctr.12.

BENKEMOUN, L. , : Sécurité juridique et investissements internationaux, Penant, n° 855, avril-juin 2006, p.194.

BERAUDO, J-P., : La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux, RD uniforme, 1998-2/3, p.259.

- Droit uniforme et règles de conflits dans les conventions internationales récentes, JCP, 1992, p.509, s.

BIPOUM-WOUM, J.M., : Le droit international africain : problèmes généraux, règlement des conflits, Revue internationale de droit comparé, 1971, vol.23, n°2, p.489 s.(bibliothèque africaine et malgache).

BOHOUSSOU, D., : La responsabilité des courtiers en information, Recueil Penant, revue de droit des pays d'Afrique, n° 831 septembre à décembre 1999, p.296 s.

BOISSEAU, Chartrain, O., : Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA, Revue de droit des affaires, 01/06/2000, n°3, p.358-363.

BOLLEE, S., LEMAIRE S. et autres, : Le règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit "Rome I": Dalloz 2008, p.2155.

BOLMIN M, Bouillet-Cordonnier G, MEDJAD K., : Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc, JDI,2, 1994, p.387.

BONI, A., La mise en pratique des lois dans les nations en voie de développement, Penant, 1963, p.449-461.

BOUCKAERT, F., : Les règles de conflits de lois en Afrique Noire, Pénant, 1967.

BOUCOBZA, X., : La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 1998, n°3, p.95 s.

BOUMAKANI B., : Le juge interne et le "Droit OHADA", Penant (revue trimestrielle de droit africain), n°838, Janvier/Mars 2002, 133 s.

BOUMAKANI, B. , : Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA, Revue Lamy droit des affaires, n° 75, octobre 2004, spéc. p.29.

BOUREL, P. : Les conflits de Droits , in Encyclopédie juridique de l'Afrique, t.1, pp.423.

- Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique Noire francophone dans le domaine des conflits de lois, Clunet, 1975, p.17.
- : La conjonction du droit africain et du droit européen dans le conflit de lois en Afrique noire francophone, Annales africaines, 19-68.

BOURJOL, M., : Théorie générale des coutumes juridiques africaines, Contribution à une étude du système coutumier de l'Afrique Occidentale Française, Revue Internationale de Droit Comparé, 1954, vol.6, p.371 s.

BRUN G. & PEARSALL, A., : Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international, Bulletin Cour internationale d'arbitrage de la CCI, supplément spécial 2009, p.2.

BUDIN R., : La nouvelle loi Suisse sur l'arbitrage international, Rev.arb., p.55.

BUREAU D., : Les conflits de convention, Travaux du Comité Français de Droit International Privé (TCFDIP), 1/01/2000, n°1,p.199-242, année 1999-2000.

CADIET, F., : La gestion de l'internationalité par les methodes communautaires: vers un droit international privé dans l'Union Européenne. Petites Affiches, 06 août 2004, n°157, p.3.

CAMARA, F., : Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal: du libéral et de 'éphémère, Revue de l'arbitrage, 1999, n°1, p.45 s.

CANIVET, G., : La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence, in Les divergences de

jurisprudence, colloque tenu en 2001, collection Droit, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p.141.

CARLEVARIS, A. : Les pouvoirs des arbitres en matière mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien », Gazette du Palais, 15 novembre 2001 n° 319, p. 27.

CASTELLANI, Luca G. : Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux regional et mondial: la convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI, Revue de droit uniforme, 2008 n° 1-2, p.101à 113.

CHARALAMBOS, P. P. : Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé, Recueil des Cours Académie de droit international La Haye.Vol. 330, 2007.

CHIFFLOT BOURGEOIS, F. : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, JurisClasseur Droit international, Fasc.170-10, 12 déc. 2011.

CISSE A., : Le nouvel élan du droit OHADA, Droit et patrimoine, n°201, mars 2011, p.47 et s.

CLAVEL S., : La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme, La confiance en droit privé des contrats, sous la direction de Valérie-Laure BENABOU et Muriel CHAGNY, Dalloz, 2008, spéc.p.11 et s.

CLAY, T., : Le siège de l'arbitrage international entre "ordem" et "progresso", Gazette du Palis, 02 juillet 2008, n°184, p.20.

- Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction, Cahiers de l'arbitrage, 01 oct.. 2014, n°3, p.547.

COHEN, D., et UGHETTO, B. : La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises", Recueil Dalloz, 1986, n°20, p.149, et n°21, p.157.

COHEN, D., : L'indépendance des arbitres et conflits d'intérêts, Rev.arb. 2011, p.611.

COURBE, P., : La prescription en droit international privé », Mélanges D. Holleaux, Litec 1990, p.249 s.

CREPET, C., : Treaty claims/contract claims, cah. arb. 2004/2, 2è partie, p.23, n°61.

CUNIBERTI, G. : L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat, la difficile cohabitation des art.4.2 et 4.5. de la Convention de Rome de 1980, JCP 2003, I. 153.

CUPERLIER, O., : Arbitrage OHADA et personnes publiques, ohada. D-13-65.

CURTI GIALDINO, A., : La volonté des parties en droit international privé, R.C.A.D.I., 1972, III, p.751 et s.

DA COSTA CERQUEIRA GUSTAVO, V., : La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des Organisations régionales d'intégration économique, Revue de droit uniforme, 2007, p.761 et s.

DAYANT, R., : Rep. Dalloz, 1969, V° Prescription civile, n°34.

DE CASTRO Y BRAVO, F., : Les usages dans le projet de la Loi Uniforme sur la vente internationale, dans Université de Toulouse, Faculté de droit et des sciences économique, Mélanges offerts à Jacques Maury, vol.2, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p.92.

DEGNI-S., : Codification et uniformisation du droit, Encyclopédie juridique de l'Afrique, t.I, p.455.

DEKEUWER, : Commentaire de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, ALD, 1992, comm.131.

DELY, F., : La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale, RDAI, n°3/4, 2001, p.465.

DE MELLO, X., : Arbitrage et droit communautaire, Revue de l'arbitrage, 1982, p.362.

DE QUENAUDON R., : Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales, J-Cl. dr.int., fasc.565-A10,p.4 et s.

DE QUENAUDON, R., Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire, Rev.crit.DIP 1984. 412 et 597 et s.

DIEDHIOU P., : L'article 10 du Traité de l'OHADA: Quelle portée abrogatoire, revue de droit uniforme, 2007-2, p.265.

DIESSE, F., : Travaux des Organisations Internationales, RDAI, n°6, 2001, p.793 s.

DIESSE, F., : Bonne foi, coopération et raisonnable dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, JDI 2002. p.54.

DERAINS, Y. : , Arbitrage et droit de la concurrence, Revue Suisse du droit international de la concurrence, 1982, n°10 et s.

DERAINS, Y., : Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Revue de l'arbitrage, 1973, p. 122, note 20.

DE WINTER, M: la nouvelle version du projet BENELUX de loi uniforme de droit international privé, Recueil Dalloz.1968.p.577.

DROZ GEORGES, A.L., : La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: traités internationaux et lois modèles, RDI comparé, 1961, p.507

DUTOIT, B., et MAJOROS, F., : Le lacs des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles, Rev.crit. DIP 1984. 565 et s.

ELWAN, O., : La loi applicable à la garantie bancaire à première demande", RCADI, vol.275, 1998.

ETOUNDI, FELIX, O., : Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, Revue de droit uniforme, 2005, n°4, p.683 et s.

ETOUNDI, FÉLIX, O., : La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, Actualités juridiques n°53/2007, pp. 3 et s.

ESSAWE, SAMUEL,-JACQUES, P., : Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique: entre droits communautaires et droit uniforme, Revue Lamy droit civil, n°67, janvier 2010, p.59 s.

FADALLAH, I., : Le projet de convention sur la vente de marchandises, Clunet, 1979, p.759, n°25.

FAUVARQUE-COSSON, B., : LL prescription en droit international privé, TCFDIP, année 2002-2004, Ed. Pedone, Paris, 2005, p.235.

FAYE, B & NYEMB, J., : La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », Droit et Patrimoine, n° 239, Septembre 2014, p.68 et s.

FENEON, A., : Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique, Penant, n° spécial, n°833, mai à août 2000.

- L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale, RTDA, 01/10/2005, n°853, p.464-473.
- OHADA, Les intermédiaires de commerce, Cahiers Juridiques et Fiscaux, Centre Français du Commerce Extérieur, n°2, 1998, p.293 s.

FENEON, A., & GOMEZ J- R., : OHADA, Le droit de la vente commerciale, Cahiers Juridiques et Fiscaux, Centre Français du Commerce Extérieur, n°2, 1998, p.271 s.

FENEON, A. & DELABRIERE, A, D. : Présentation de l'acte uniforme sur le droit commercial général, RTDA, numéro spécial OHADA, Mai à Août 1998, p.136 et s.

FERRARI, BRAVO, L., : Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats, R.C.A.D.I de La Haye, t.192, 1985-III, p.233-329.

FERRARI, F., : Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art.4 du règlement Rome I), Revue critique de droit international privé, n°3, juillet-septembre 2009, p.359 s.

FERRARI, F., : La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé, Journal du Droit International, Clunet, janvier-février-mars 2006, n°1/2006, p.27.

- Exclusion et inclusion de la CVIM, RDAI, n°3/4, 2001, p.401 et s.
- Les Rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle, Journal du droit international Clunet, 01, juillet 2008, n°3, p.791-809.

FERRIER, D., : La franchise internationale, JDI 1988, p.625 s.

FERRY, C., : Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation et la loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre agents commerciaux et leurs mandants", J.C.P., éd E., 1993, I, 233.

FOKO, A., : Le droit OHADA et les droits nationaux des Etats parties: une complémentarité vieille de plus d'une décennie, Revue de droit international et de droit comparé, 2008, n° 4, p.445 et s.

FONTAINE, M., : L'originalité des clauses négociées dans les contrats internationaux, Journal des sociétés, n°66, juin 2006, p.28 et s.

FONTAINE, M., : Le projet d'acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", Revue de Droit Uniforme, 2004-2, p.255.

FORTEAU, M.: L'ordre public "transnational" ou "réellement international", L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public, JDI, n°1, janvier 2001.

FOUCHARD, Ph., : La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé: colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles des 30-31 octobre 1980, Juristische Fakultät der Universität Basel, Helbing & Lichtenhalm, 1983, p.81s.

FOUCHARD, Ph., : L'Etat face aux usages, Travaux du Comité Français de DIP, 1973-1975 p.73.

FOUCHARD, Ph., : Les usages, l'arbitre et le juge, in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, Litec 1982, p.67.

- L'arbitrage commercial international en France après le décret du 12 mai 1981, Clunet, 1982. spéc. p.378.
- Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Académie de droit international de la Haye, R.C.A.D.I, 2008, p.18.

FOYER, J., : Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux Etats africains d'expression française, Travaux du Comité Français de droit international privé, 21-23^è années, Paris 1963, p.139 et s.

FRANCESCAKIS, P., : Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante, Recueil des Cours, Académie de La Haye, 1964, vol.II, p.281.

FRILET, M., : L'OHADA ou l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : une expérience unique et une réalité prometteuse, International law Forum du droit international, p.156, vol.3, n°3, August 2001.

GABOR, F., : Emerging Unification of Conflict of Laws Rules Applicable to the International Sale of Goods : UNCITRAL and the New Hague Conference on Private International Law", Northwestern Journal of International Law and Business, 1986, p.696.

GAILLARD, E., : La distinction entre les principes généraux du droit et les usages du commerce international, dans Etudes P. BELLET, LITEC. 1991.p.203.

GAILLARD, E. & BANIFATEMI, Y., : The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention. The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", 18 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2003), p.375.

GOLDMAN B., : La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives, Clunet, 1979, p.490 ou 747.

- Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit 1964, p.177.

GOMEZ, J. R., : Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique"Penant, revue de droit des pays d'Afrique. 1998, p.145 à 185.

GONDIEC, P-F., : Problèmes d'application de la législation en Afrique, Bull.Inst. Int. D'administration publique, 1967, n°2, p.7-22.

- Droit international et droit interne en Afrique, Penant, revue de droit des pays d'Afrique, n°822, septembre à décembre 1996, p.241s.

GUGGENHEIM, P., : Les principes de droit international public, R.C.A.D.I de La Haye, t.80, 1952, p.70 et s.

GUILLOT, E. J., : Réflexions sur les coutumes de droit privé en Afrique Noire et à Madagascar, in, Revue internationale de droit comparé, vol.4, n°3, Juillet-septembre 1952, p.419-440.

GUTZWILLER, V.M., : La commission, le courtage et le mandat commercial en droit international privé, Ann.ID 1950. 74.

HAGE-CHAHINE, F., : La prescription extinctive : RCADI 1995, t. 255, p. 328, n° 149.

HELEN, E H., : Living La vilda Lex Mercatoria, Revue de droit uniforme, 2007, p.733.

HENRY, M. : Le devoir d'indépendance de l'arbitre , LGDJ.2001.

HEUZE, V., : La vente internationale de marchandises. Droit uniforme, G.L.N. Joly, 1992, p.27.

IMPALLOMENI LUIGI-M., : La cessation des contrats de distribution et d'agence commerciale, Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Extérieur, Centre Français du Commerce Extérieur, CJFE/CFCE, n°4, 1997, p.763 s.

INNOCENT, FETZE K., : Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats: plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration. Revue Droit Uniforme, 2008, p.709 et s.

JACQUET, J-M., : Le contrat international: l'originalité des méthodes, Journal des sociétés, n° 66, juin 2009, p.16 et s.

- Le droit de la vente des marchandises: le melange des sources", Mélanges Kahn, LITEC 2000, p.90.
- La fonction supranationale de la règle de conflit, RCADI, vol.292, 2001.
- Aperçu de l'oeuvre de la Conférence de La Haye de droit international privé dans le domaine économique , *JDI*, 1994, pp. 5 ss., spéc. pp. 43 ss.

JARROSSON, C., : De la loi applicable à la résiliation ou à la résolution d'un contrat, revue critique de droit international privé, 1992, p.689.

- Les modes alternatifs de règlement de conflits, présentation générale , RIDC, 1997, Vol. 49 n° 2, Avril-juin 1997, p.330.

JAYME, E. & KOHLER C., : L'interaction des règles de conflits contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, *revue critique de droit international privé*, 1995, p.1.

JOLIVET, E., : L'harmonisation du droit OHADA des contrats: l'influence des principes UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage, *UNIDROIT* vol. VIII, 2008, 1-2, p.127 à 152.

KACZOROWSKA, A., : Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale, *R.J.T.*, n.s. 427, 1995.

KAHN, P., : *Lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?, in *le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, LITEC, 1982.

KAHN, P., : Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, *JDI*, 1989, p.305.

KAHN, P., *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*", *Revue internationale de droit comparé(RIDC)*, 1981, p.987, note sous cassation civ. I, 10 mai 1988 : *Clunet* 1988, 1007.

KANGULUMBA, MBAMBI, V., : Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification: le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne, *Les Cahiers de droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.315-338.

KELSEN.H; : *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*", *RCADI.*, vol.14 (1926-IV), p.227.

- *Théorie du droit international public*" *RCADI*, Vol.84 (1954-III), p.5

- *La coutume*, *RITD*, 1939. 4. p.262.

KENFACK, H., : Rome I et les contrats de distribution: protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs: *JCP G* 2006, act 31.

- Le règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation, *Journal du droit international*, *Clunet*, janvier-Février-Mars 2009, n°1/2009, p.3 s.

KESSEDJIAN C., : Les règles de conflit de lois dans les textes de la CNUDCI, *Petites Affiches*, 18 décembre 2003 n°252, p.80.

- *Codification du droit commercial international et droit international privé: de la gouvernance normative pour les relations économiques*, Vol. 300, *RCADI*, 2002.

KNAPP, B. , : Unification internationale des règles et désignation du droit applicable, Dalloz, in, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, 1994, p.219 s.

LAGARDE, P., : La convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, Revue critique de droit international privé, 1978, 31 et s., péc.p.34.

- Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980, Revue critique de DIP, 1991, p. 323 à 337, n°61.
- Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit matériel, Etudes de droit contemporain, 1970, p.149.
- Le depeçage dans le droit international privé des contrats", Riv.dir.int.pr.proc.1975. 649.
- Remarques sur la proposition de règlement de la Commission Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles: RCDIP 2006, p. 331 s .
- La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, dans Journées de la Société de législation comparée, Revue internationale de droit comparé, 1985, n° spécial, vol.7, p.327.
- Approche critique de la lex mercatoria, dans Etudes offertes à Berthold Goldman, p.125.

LAMPUE, : La diversité des statuts de droit privé dans les Etats africains , Penant, 1961, p.3.

LAZAREFF, S. : Confidentialité et arbitrage : approche théorique (et même philosophique) , même revue, p.67.

LE BOULANGER, P. :, L'arbitrage et l'harmonisation du des affaires en Afrique, Revue de l'arbitrage 1999, n°3, p.551.

LEBRETON-DERRIEN , S., : Chronique du droit de la distribution, RJ com.2007, p.28.

LECLERC, F., : Le contrat cadre en droit international privé, in TCDIP 2002-2004, Pédone 2005, p.3 s.

LELOUP, : Le contrat d'agence en droit international, l'agent commercial, 1974 (mai-juin), p.8.

LEVY-BRUHL, H., : Introduction à l'étude du droit coutumier africain, Revue internationale de droit comparé, 1956, vol 8, n°1, p.67 s.

LIPENS, J., Les constantes de l'unification du droit privé, Revue Internationale de droit comparé, vol.10, 1958, p.1282.

LOHOUES-OBLE, J., : L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant - projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, Revue de droit uniforme, 2008, p.319 et s.

- L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique, Revue Internationale de droit comparé, 01/07/1999, n°3, p.543-591.

LOQUIN E. : Les règles matérielles internationales, Recueil des Cours Académie de droit international, La Haye, 322, 2007.

- Les règles matérielles du commerce international, revue de l'arbitrage, 2005, n°2, p.443 s.
- La réalité des usages du commerce international, RID éco. 1989. p.163.
- Les liaisons dangereuses de l'arbitre avec l'avocat de l'une des parties. RTD com. 2012, p.518.

LOUSSOUARN, Y., : La Convention de La Haye d'Octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, Revue critique de droit international privé, 1986, p.271.

LOUSSOURN, Y. & BOUREL P., : Convention de La Haye sur la loi applicable à la représentation, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1979, I, p.166 et s.

LUBY, M., : La CNUDCI et l'intégration régionale, Petites Affiches, 18 décembre n°252, p.28.

LUDIYE LAMIAE, H. & GERAULT, N., : L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Présentation générale, Cahiers Juridiques de l'Exportation, Centre Français du Commerce Extérieur, CFJE/CFCE, n°2, 1998, p.261 s.

LYON-CAEN, G., : L'harmonisation du droit des Etats membres concernant certains aspects de la représentation commerciale, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1970, p. 666-673.

MALAN, A. : Applicabilité d'office de la règle de conflits de lois conduisant au droit conventionnel unifié. Petites Affiches, 08 février 2002, n°29, p.17.

MALAURIE, Ph. : Loi uniforme et conflits de lois: , TCFDIP 23- 27 (1962-1966)....(25 -27 1964-1966), p.83 , Librairie Dalloz, 1967.

MALINTOPPI, A., : Les rapports entre droit uniforme et droit international privé, Recueil des Cours Académie de droit international privé. Vol.116, 1965.

MALINTOPPI, : Droit uniforme et droit international privé", RCADI 1965. II.1, t.116.

MANCIAUX, S., : Que disent les textes OHADA en matière d'investissements ?, Revue de

l'ERSUMA, juin 2012, p. 268 et s.

MARGUILLERIE, S., : La prescription extinctive en droit français- Regard d'une juriste québécoise, Revue Lamy -Droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.101 et s.

MARRELLA, F. & GELINAS F., : Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol.10/N°2-2ème semestre 1999, p.26 s.

MARTOR, B. : L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales, Cahier de droit de l'entreprise, n°1, Janvier-février 2010, p.19.

MASSAMBA, R., : Avantages comparatifs des Actes Uniformes de l'OHADA, Revue Trimestrielle de droit africain, n°869, octobre-décembre 2009; p.489.

MASSAMBA, R., : L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique, Penant, n° 855, pp. 137 et s.

MATRAY, D. & SERVAIS.O., : L'harmonisation des contrats d'agence, D.P.C.I, 1981, n°3, p.387.

MATTEUCI, M., : Introduction à l'étude systématique du droit uniforme, RCADI, Vol. 91, 1957-I, p. 402.

MAURY, V., : Règles générales de conflits de lois, R.C.A.D.I La Haye, 1937, n°153.

MAYER, P., : Le mythe de l' "ordre juridique de base" (ou Grundlegung), le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, 1982, p.199 s.

- Les lois de police étrangères, Journal du droit international, 1981, 277.
- L'interférence des lois de police dans l'apport de la jurisprudence arbitrale, Actes du séminaire organisé par la Chambre de commerce internationale, avril 1986, Dossier de l'I.D.P.C.I., publication C.C.I., n°1, p.31.

MAYER, P., : L'arbitre international et la hiérarchie des normes, revue de l'arbitrage 2011, n°2, p. 361 s.

- application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé, Dalloz, Melanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, 1994, p.275 s.
- L'arbitre international et la hiérarchie des normes, Revue de l'arbitrage, (Comité Français de l'arbitrage 2011, Vol.1&2, pp.361-384.

- Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'Acte Uniforme, *Revue de l'arbitrage*, 2010, n°3, p.467 s.

MBAYE, K., : L'expérience sénégalaise de la réforme du droit, *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol.22, n°1, p.35-42.

MBOSSO, J., : Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé, *Revue de droit des affaires internationales*, 01/03/2000, n°2, p.216-226.

MELONE, S., : Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique: l'exemple du Cameroun, *Revue internationale de droit comparé*, 1986, vol.38, n°2, p.327 s.

MENÉTREY, S., : La place de l'investissement dans l'OHADA, article publié in *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Larcier.

MEYER, P., : Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO (communication au Colloque organisé par l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie (AIF), en collaboration avec l'UEMOA, sur « La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA », Ouagadougou, 6-10 octobre 2003), Paris, Ed. Giraf, 2004.

MEYER, P., : Droit international privé burkinabè et comparé, *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol.46, n°3, p.977.

- La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, *Revue Trimestrielle de Droit Africain*, n° 855, Avril-juin 2006, p.151.
- L'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats: innovations et débats, *Revue de droit des affaires internationales*, n°3, 2008, p.291 et s.

MOITRY, Jean- H., : Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la *lex mercatoria* ? : *Rev.arb.*, 1989, 3.

MOTULSKY, H., : *Rep.Dalloz dr .int.* (1ère éd.), V Procédure civile et commerciale, n°43.

MOULY, C., : La conclusion du contrat selon la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : *Droit prat. Commerce international*, 1989, p.400, spé.n°s 111 et s.

- La convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, *Revue internationale de droit comparé*. Vol.35. N°34, Octobre-décembre 1983, p.829 s.

MOURE, A., : L'application par l'arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de

marchandises, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 17/N°1-2006, p.45 s.

MOUSSERON, P. : L'originalité des règles applicables au contrat international, Journal des sociétés, n°66, juin 2009, p.24 et s.

MUIR WATT, H., : Aspects économiques du droit international privé:(reflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridiction, RCADI, vol.307, 2004.

- De la loi applicable à une promesse d'achat de parts sociales conclues entre un salarié et son employeur, revue de droit international privé, 1994, p.92.
- Loi applicable au connaissance et détermination du créancier de l'obligation du transporteur de livrer la marchandise: revue de droit international privé, 1993, p.632.
- L'applicabilité de la convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises devant l'arbitre international, RDAI 1996. 401.

NDIAYE, A. T., : Conflit de normes en droits communautaires OHADA et UEMOA, revue de droit uniforme, 2007-2, p.285.

NIGGEMMANN, F., : Erreur sur une qualité substantielle de la chose et application de la CVIM", RDAI/IBLJ, n°4 1994, p.397 s.

NSIE, E., : La formation du contrat de vente commerciale en Afrique: Analyse du Titre II du Livre V de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général", Penant, Revue de droit des pays d'Afrique 1999. p.5 à 19.

ONGUENE ONANA DIEUDONNÉ, É., : La compétence en arbitrage international relatif aux investissements, Bruylant 2012, spéc. p. 285.

OPPETIT, B., : Le développement des règles matérielles", TCFDIP, Journée du cinquanteaire (1988), p.121.

OPPETIT, B., : Théorie générale des conflits de convention en droit privé; RCADI de La Haye, p.426.

LOUDIN FEDERICA R. & LOUDIN,M., : La réception des principes UNIDROIT par la Lex Mercatoria: l'exemple de la bonne foi, RADAI, 2009, n°6, p.697.

OVERBECK, A.E.VON, : Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Recueil Dalloz 1982.III. p.9 s.

PEDAMON, M., : Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?, Rev. Trim. Dr. Comm.1959, p. 335-359.

PELICHET, M., : La vente internationale de marchandises et le conflit de lois, RCADI,(Recueil des Cours Academie de droit international) 1987, vol.201,9, spéc. p.36, 77 et 176 et s.

PILKINGTON, N., THOUVENOT, S., : Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage, Pratique et actualités du droit OHADA, journées d'études. Juriscope Poitiers, p. 128.

POILLOT-PERRUZZETTO, S., : Conflits de lois et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence, Revue Lamy Droit de la concurrence, 01/01/2009, n°18, p.104-112.

RACINE, J-B. et DEUMIER, P., : Reglement Rome I: le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle. Revue des contrats, 01 octobre 2008, n°4, p.1304.

RAMBAUD, P., : Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI in Annuaire français de droit international, volume 28, 1982, pp. 471 à 491, spéc. p. 471, § 1.

REMERY, J.P., : Les relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec les autres Conventions, Gaz.Palais. 1992, Chron., p.426.

RIGAULT, D., Contrats d'agence et de distribution: Etude comparative avec d'autres pays de l'Espace économique européen, Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Extérieur, Centre Français du Commerce Extérieur, CJFE/ CFE - n° 4, 1997, p.781.

RIGAUX F.,: Souveraineté des Etats et arbitrage transnational, in Etudes offertes à B. Goldman, Litec, 1982, 269.

SAWADOGO, Filiga M., : La prise en compte du droit comparé dans l'oeuvre d'unification de l'Organisation Pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afriqu; Revue de droit international et de droit comparé, 2008, n°s 2 et 3, p.305 et s.

SAYEGH, J-I : Réflexion et suggestion sur la mise en conformité du droit interne dans les Etats parties avec les Actes Uniformes de l'OHADA et réciproquement. RTDA, 01 janvier 2005, n°850, p.6-21.

- Conflits entre droit OHADA et droit régional. www.ohada.com. Ohadata D-06-05

SAYEGH, J-I & POUGOUË, P-G., : l'OHADA: défis, problèmes et tentatives de solutions, Revue droit uniforme, 2008 p.455 et suivantes.

SAYEGH, J-I & LOHOUES-OBLE J., : OHADA-Harmonisation du droit des affaires, Bruylant, 17 octobre 2002.

SEGHES, N & WALSCHOT, F., : Les contrats type en rapport avec la CVIM, RDAI, n°3/4, 2001, p.415 s.

SHAMSIDINE, A. A., : L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA), Recueil Penant, n° 841, p.473. Spéc.514 et s.

SIMON-DEPITRE, M, Les rapports entre les règles matérielles et les règles de conflit, Recueil Dalloz.1974.p1856.

SLIM, H., : Transports internationaux: les lacunes de la CMR et les exigences de la justice matérielle, Revue Lamy Droit civil, 1/03/2005, n° 14, p.13-15.

SONCKENG, R., : L'arbitrage dans le droit camerounais des investissements, Rev. Cam. Arb.; n°2, 1998.

STERN B., : Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseurs, Revue de l'arbitrage 2007, n°1, p.3 s.

SUCHANKOVA, M., : Les principes UNIDROIT et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, R.D.A.I, 1997, n06, p.693.

TATY, G., : Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc, Pénant, n° 830, mai à août 1999, p.227 s.

TCHAKOUA, J- M., : L'espace dans le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, Penant, n°842, janvier-mars 2003, p.59 s.

- L'arbitrabilité des différents dans l'espace OHADA, Penant, n°835, janvier à avril 2001, p.5 à 29.
- La volonté de recourir à l'arbitrage: retour sur quelques difficultés de la pratique de l'arbitrage au Cameroun, Recueil d'Etudes sur l'OHADA et L'UEMOA, vol.1, p.536, PUAM 2010.

THIEFFRY, J., : Les nouvelles règles de la vente internationale, D.P.C.I 1989, p.137 et s.

THIEFFRY, J. & GARNIER C., Les contrats d'agence dans le droit de la distribution français et communautaire, Gazette du Palais, 1982, p.258.

THILLET, J. R., : Les conflits de lois en matière de représentation commerciale, JDI 1964, p.34, spé.p.54.

THOUVENOT, S. et AUBRIOT, E. : L'appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace OHADA, Cahier de droit de l'entreprise, n°1, janvier-février 2010, p.37.

TIGER, P., : Colloque international "Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones", Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA: bilan et perspectives, Aspects conceptuels et évaluation, Revue Trimestrielle de droit africain (Penant), n°860, juillet-septembre 2007, p.284 s.

TOMASI, A. : Les conflits de lois en matière de représentation commerciale, Rev.Crit. DIP, 1958, p. 651.

TOUBIANA, A. : Le domaine de la loi du contrat en DIP, Paris. D.1973.

TRICOT, D., : La vente commerciale, Droit et Patrimoine, n°201, mars 2011, p. 75 et s.

TRICOT, D., : Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA, la prescription, Droit & Patrimoine, n°201, mars 2011, p.70.

TSHIBENDE LOUIS-DANIEL, M., : S'installer pour affaires dans l'espace OHADA, Revue Lamy droit civil, janvier 2010, n°67, p.66.

URS PETER, G., : The Convention of international sale of goods (CISG) in arbitration, revue de droit des affaires internationales, n°1, 2009, p.15 s.

VAN HECKE, G., : Principes et methodes de solution des conflits de loi, R.C.A.D.I , vol126 (1969 - I), p.399.

VAN HOUTTE, H., : La Convention de Vienne dans la pratique arbitrale de la Chambre de commerce internationale, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol.11/N°2-2ème semestre 2000, p.22.

VAN HOUTTE, H. et WAUTELET, P., : Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM : RDAI, n°3/4, 2001, p.293 et s.

VEILLARD, I. : Le caractère général et commercial des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RDAI, n°4, 2007, p.479.

VENEZIANO, A., : L'application des principes d'unidroit dans la vente internationale, RDAI, n°3 et 4/2001, p.477.

VIEIRA DA COSTA C., G., : La conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des Organisations régionales d'intégration

économiques, Revue de droit uniforme, p.761.

VIVIER, JEAN-L., : L'OHADA ou l'unification du droit des affaires, revue droit et patrimoine, n°74, 1/06/1999, p.41-42.

VON OVERBECK, A. E., : Rapport sur le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par les traités, Institut de droit international, p.97.

WA MPUNGU GABRIEL, B., : L'internationalisation des échanges et le droit OHADA, in Lamy Droit civil, janvier 201, n°67, p.84.

WAGNER, V., : Agent commercial: le pari communautaire (l'indemnité de cessation de contrat après la directive du 18 décembre 1986), Revue, Contr.Conc.Cons., 1998, p.4.

WEIDONG, Z., : OHADA: As a base for Chinese further investment in Africa, Révue trimestrielle de droit africain (Penant), n°869, Octobre-Décembre 2009, p.421 s.

WIEDERKEHR, G., : Conflits de lois dans le temps et dans l'espace en matière de prescription, Revue Lamy droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.90.

WITZ, C., : CVIM, Interprétation et questions non couvertes, Revue de droit des affaires internationales, n°3/4, 2001, p.253 et s.

- La quête de l'universalisme dans l'interprétation, Petites affiches, 19/12/2003, n°252, p.54.
- Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, Dalloz, 2002, Vol1 n°3, p.313 et s. Recueil Dalloz, n°15, 15, av.2010.
- Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilan et perspectives, Journal du droit International, Clunet, janvier-février-mars 2006, n°1/2006, p.5.

WITZ, C., : La prescription extinctive dans les instruments d'uniformisation du droit, Revue Lamy - Droit des affaires, n°42, octobre 2009, p.97 et s.

ZINZINDOHOUE, A., : Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé, Revue de droit des affaires internationales, 01/03/2000, n°2, p.227-237.

codes

CARLIER JEAN-YVES, FALLON MARC & BOSLY BERNADETTE MARTIN-:code de droit international, privé, édition Bruylant. 2010.

- code des Obligations civiles et commerciales du Sénégal
- code OHADA commenté, Francis Lefebvre, éd.2014
- code de la de la famille du Sénégal
- code des investissements du Sénégal
- code civil du Burkina
- code civil de la RDC
- code civil du Cameroun
- Régime général des Obligations du Mali.

SITES INTERNET

www.ohada.com:ohadata-j-02-04

www.ohada.com:ohadata D-04-12.

COLLOQUES ET RAPPORTS

CONAC G., : Dynamique et finalités des droits africains. Acte du Colloque "La vie du droit en Afrique", 1981, vol.46, n°2, pp.474-476.

DIALLO IBRAHIMA K. : Etude de l'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, communication dite à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, Porto-Novo, session de formation du 23 au 27 août 2004, p.9.

Rapport explicatif, Von MEHREN A. T., : Actes et documents de la session extraordinaire d'octobre 1985.

Rapport de la CNUDCI sur les travaux de la onzième session", Assemblée générale, Documents officiels, trente troisième session, supplément n°17 (A 33/17), pp.40-43; voir également John Honnold, "The Draft Convention on Contracts for International Sale of Goods: An Overview", American Journal of Comparative Law, 1979, pp.223 ss.

Rapport d'Yves DERRAINS présenté au Congrès de New-York en mai 1986, "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international".

ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE

OKAWÉ, PIERRE AGONDJO, Domaine d'application des droits traditionnels, in Encyclopédie juridique de l'Afrique, t.1, chap.XVI, p.225.

JURISCLASSEUR DROIT INTERNATIONAL

CHIFFLOT BOURGEOIS F., : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, JurisClasseur Droit international, Fasc.170-10, 170-30, 12 déc. 2011.

GAILLARD E., : Arbitrage commercial international- Sentence arbitrale- Droit applicable au fond du litige, Juris Classeur droit international, fasc.586-9-1., spéc.n°103 s.

GAUDEMET-TALLON H., : Convention de Rome, Juris Classeur Europe, fasc. 2300, spéc. n°107s.

- Bail, décembre 2009, Jurisclasseur Droit international.

Travaux du Comité Français de Droit International Privé, : Les lois de police, :Journée du cinquanténaire, 1988, p.105.

SUR S., : La coutume internationale, J-Cl.dr.int. Fasc. 13, 1989, p.8.

DAUDET V.Y. ET DUBOUIS L., : La codification, J-Cl. Droit int., fasc. 13-D.

REVUES SPECIALISEES

RECUEIL DES COURS, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL, LA HAYE

BERTHOLD G., : Les champs d'application territoriale des lois de concurrence, RCADI, La Haye, 1969, t.128, p.631, spéc.p.725.

VAN HECKE G., : Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux: RCADI, La Haye, 1962, t.106, p.257, spéc.336.

Recueil d'études sur l'OHADA ET l'UEMOA, vol.1, Centre de droit économique, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2010, spéc.p.15 s.

Revue de droit uniforme, Principes relatifs aux contrats du commerce international (UNIDROIT,1994,2è éd.2004).

Revue de droit uniforme 2008, Vol. 3-4

Revue critique de droit international privé, n°1 janvier-mars 2010, Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.-Choix de loi applicable aux contrats du commerce international: Des principes de La Haye, p.83 s.

Revue Trimestrielle de droit africain (ex PENANT)

Revue internationale de droit africain

DICTIONNAIRE JOLY, Pratique des contrats internationaux, Tome 1, 30 décembre 2008.

ACTUALITES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

ANNUAIRE DE L'I.D.I., La commission, le courtage et le mandat commercial en droit international privé par Gutzwiller, 1950 (Bath), volume 43 II.

ACTES UNIFORMES ET TEXTES LEGISLATIFS

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL du 15 février 2011

ACTE UNIFORME RELATIF AUX SOCIETES COMMERCIALES ET AU GROUPEMENT D'INTERÊT ECONOMIQUE DU 30 JANVIER 2014 et Publié le 04 FEVRIER 2014.

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE DU 11 MARS 1999 et entré en vigueur, le 11 JUIN 1999,

ACTE UNIFORME REVISE PORTANT ORGANISATIONS DES SURETES, du 15 DECEMBRE 2010,

ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES DE RECOUVREMENT ET DES VOIES D'EXÉCUTION, du 10 AVRIL 1998 et entré en vigueur, le 10 JUILLET 1998.

- Décret Camerounais du 31 juillet 1927.
- Décret du 3 décembre 1931 pour l'AOF
- Décret Togolais du 21 avril 1933
- Décret du 29 mai 1936 pour l'AEF
- Ordonnance sénégalaise du 14 novembre 1960 sur l'organisation judiciaire et les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé
- loi congolaise du 29 mai 1961
- loi nigérienne du 16 mars 1962
- Ordonnance tchadienne du 21 mars 1967
- Décret camerounais du 19 novembre 1969

LOIS NATIONALES RELATIVES AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Loi gabonaise sur le droit international privé du 29 juillet 1972.

Loi guinéenne n°51-62 relative à la théorie générale de la loi (JO, 1er, juillet 1962, *Revue critique de droit international privé*, 1973, p.392, Jurisclasseur Outre-Mer, vol.5, 1963, p.1)

Loi centrafricaine n° 65-71 du 30 juin 1965 relative à la force obligatoire des lois, des actes administratifs et des traités diplomatiques, au conflit de lois dans le temps, à la condition des étrangers et à l'application des lois (JO, 1er juillet 1965, *Revue critique de droit international privé*,

1973, p.394).

COLLOQUES ET SEMINAIRES OHADA

Colloque international de Yaoundé (Caméroun) des 13 et 14 décembre 1999, sur l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique : Communication de Mr KAMTO, La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA.

ANCEL J.P., : Le contrôle de la sentence, Communication au colloque international de Yaoundé des 13 et 14 décembre 1999.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	4
Abréviations.....	6
Sommaire.....	8
Introduction.....	9
Partie I : Persistance des conflits de lois dans l’AUDCG.....	31
Titre I Conflit né de l'incomplétude de l'AUDCG.....	33
Chapitre I: Conflits de lois et lacunes externes de l’AUDCG.....	35
Section I : Les limites du renvoi aux droits nationaux prévu par l’AUDCG.....	35
§ I: Principe de renvoi aux droits nationaux.....	35
I L'application du droit national par le mécanisme des règles de conflit.....	36
A L'application d'une loi nationale.....	36
1.L'application de la loi nationale selon la loi d'autonomie.....	36
2. Désignation de la loi nationale applicable selon la méthode de conflits de lois.....	36
B Conflit entre lois nationales et lois de police communautaire.....	40
II Le recours subsidiaire aux droits nationaux.....	42
A La capacité.....	42
B Le droit de la preuve en matière commerciale.....	45
§ II : Effets pervers du renvoi aux droits nationaux en raison de l’absence d’harmonisation du DIP des États parties.....	46
I Les questions expressément et implicitement exclues de l'AUDCG.....	46
A Les questions expressément exclues de l'AUDCG.....	46
1 L'exclusion de la validité du contrat de vente commerciale de l'AUDCG.....	47
a. La capacité commerciale dans l'AUDCG.....	48
b.L'exclusion des vices du consentement de la réglementation uniforme AUDCG.....	52

c L'exclusion de l'objet de la réglementation matérielle de l'AUDCG et la mise en jeu des dispositions d'ordre public des États membres de l'OHADA.....	54
c.1 L'absence de réglementation sur la licéité de l'objet dans l'AUDCG et la concurrence des lois étatiques.....	56
c.2 La cause dans la vente commerciale OHADA.....	57
2. L'exclusion de certaines clauses limitatives de responsabilité et d'imprévision de la réglementation matérielle AUDCG.....	60
a. L'exclusion des clauses limitatives de responsabilité de la réglementation matérielle AUDCG.....	61
b. L'exclusion de la clause d'imprévision ou de hardship dans la réglementation matérielleAUDCG.....	65
B Les questions implicitement exclues de la réglementation matérielle AUDCG.....	67
1. L'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur originaire dans la réglementation matérielleAUDCG.....	68
a.L'admission et la qualification de l'action directe dans la réglementation matérielle AUDCG.....	69
b La réception de l'action directe dans les législations des États membres de l'OHADA.....	72
2. L'obligation de restitution.....	73
a. Les effets personnel et réel de la résolution du contrat dans l'AUDCG.....	74
a.1 L'effet personnel de la restitution du contrat dans l'AUDCG.....	74
a.2. L'effet réel de la résolution du contrat dans l'AUDCG.....	76
b. La détermination de la loi applicable à la restitution du prix à la suite de la résolution d'une vente commerciale internationale de marchandises.....	77
II L'imprévisibilité des règles de conflit de lois en raison de l'absence d'harmonisation du droit international privé des États parties.....	79

A L'imprévisibilité de la loi applicable en matière de droits indisponibles.....	79
1. La loi applicable aux personnes physiques.....	79
1.1 La loi applicable aux personnes physiques commerçantes.....	79
1.2. Les lacunes de l'AUDCG relatives au secteur informel.....	83
1.2.a. La loi applicable aux rapports entre entrepreneurs et non entrepreneurs.....	84
1.2.b. Les règles applicables aux contentieux impliquant un entrepreneur et un non entrepreneur.....	85
2. La capacité des personnes morales.....	87
B L'imprévisibilité de la loi applicable en matière de droits disponibles.....	92
1. La détermination de la juridiction compétente.....	92
2. La loi applicable aux droits disponibles.....	93
Section II : Les solutions préconisées.....	96
§ I : L'unification du DIP dans l'espace OHADA.....	97
I Les matières civile et commerciale visées par le nouvel Acte uniforme.....	97
II Les obligations contractuelles visées par le nouvel Acte uniforme.....	98
III Les situations comportant un conflit de lois.....	99
§II : Le recours à la soft law.....	99
I Les principes Unidroit applicables aux bouleversement des circonstances économiques.....	100
II L'application des Principes Unidroit aux conditions de validité des contrats commerciaux.....	102
Conclusion du chapitre.....	105
Chapitre 2 : Conflits de lois et lacunes internes de l'AUDCG.....	106
Section I : Le traitement des lacunes internes par interprétation de l'AUDCG.....	106
§I : Interprétation de l'AUDCG et bonne foi.....	108
I Le recours à la bonne foi dans l'AUDCG.....	108

II L'emploi de la bonne foi pour combler les lacunes internes.....	110
§ II Interprétation de l'AUDCG et usages.....	112
I La référence faite aux usages par l'AUDCG.....	112
A Les sources des usages visés dans l'AUDCG.....	112
B Les usages du commerce en vigueur dans les pays africains membres de l'OHADA.....	114
II L'emploi des usages pour combler les lacunes internes.....	116
A Les usages et la révocation de l'offre.....	118
B Les usages applicables aux sanctions de la révocation de l'offre dans l'AUDCG.....	121
§ III Interprétation de l'AUDCG et recours aux Principes Unidroit.....	123
I Le recours aux principes Unidroit est bien fondé.....	124
II Les apports des principes Unidroit pour combler les lacunes de l'AUDCG.....	125
A La détermination du lieu d'exécution des obligations monétaires.....	126
B Les Principes Unidroit et le taux d'intérêt applicable.....	127
Section II : Le traitement subsidiaire des lacunes internes par application des règles de DIP.....	130
§ I: Le caractère insatisfaisant du recours au DIP des États membres.....	130
I La loi applicable aux pourparlers contractuels.....	130
II La loi applicable à l'offre.....	133
§ II: La nécessaire adoption d'un acte uniforme de DIP.....	134
I Le champ d'application materiae du futur acte uniforme relatif aux obligations non contractuelles.....	134
II La détermination de la loi applicable à la culpa in contrahendo.....	135
Conclusions du chapitre.....	137
Conclusion du Titre.....	138

Titre II: Le conflit matériel.....	139
Chapitre I Les conflits d'interprétation de l'AUDCG nés des juridictions nationales.....	141
Section I Les divergences d'interprétation de l'AUDCG.....	141
§I Un système conçu pour garantir l'interprétation uniforme de l'AUDCG.....	142
I Le juge national, gardien théorique de l'interprétation uniforme.....	143
A La nécessité d'une interprétation autonome.....	143
B Les moyens de garantir l'interprétation autonome.....	145
II La CCJA, organe théorique d'uniformisation de l'interprétation de l'AUDCG.....	147
A La fonction consultative de la CCJA.....	147
B La fonction juridictionnelle de la CCJA.....	151
1. La compétence matérielle de la CCJA.....	151
a La CCJA, juridiction d'attribution des Actes uniformes.....	151
b La saisine de la CCJA.....	153
2. Le partage de compétences entre la CCJA et les cours suprêmes nationales.....	155
C La pertinence du système OHADA	157
§II: Un système dont la mise en œuvre est imparfaite.....	158
I L'insuffisante autorité juridique de la CCJA.....	158
A La portée juridique incertaine des avis.....	159
B La rareté des arrêts.....	161
II La réticence des acteurs.....	163
A L'insuffisante collaboration des juridictions nationales.....	163
1. Le désintérêt des juridictions nationales.....	163
2 L'opposition des cours suprêmes nationales.....	165
B L'adhésion limitée des justiciables.....	170
1. La représentation obligatoire devant la CCJA.....	170
2. La lenteur dans les jugements.....	171

3. L'éloignement de la CCJA des justiciables.....	172
Section II : Les solutions possibles aux conflits d'interprétation nés des	
juridictions nationales.....	173
§I : L'amélioration du système d'interprétation uniforme.....	173
I L'inadaptation du recours à l'interprétation du for.....	173
II L'institution d'une procédure préjudicielle.....	175
A La mise en œuvre du renvoi préjudiciel dans le droit processuel OHADA.....	176
B Les effets des arrêts préjudiciels de la CCJA.....	179
1. Les effets des arrêts préjudiciels à l'égard de la juridiction de renvoi.....	180
2. Les effets des arrêts préjudiciels à l'égard des autres juridictions des États	
membres de l'OHADA.....	181
§ II Le nécessaire recours subsidiaire à la règle de conflit.....	182
I Champ d'application de la règle de conflit.....	182
II Teneur de la règle de conflit.....	185
Chapitre II : Les divergences d'interprétation nées du contentieux arbitral.....	190
Section I L'interprétation dans les arbitrages ad hoc et institutionnel.....	192
§ I Les divergences d'interprétation nées de l'arbitrage ad hoc.....	193
I Les divergences nées du choix de la langue du contrat.....	194
II Les divergences nées de la définition imprécise des termes et des notions.....	195
III L'inexistence de la jurisprudence des centres nationaux d'arbitrage.....	198
§ II L'interprétation du droit dans l'arbitrage institutionnel CCJA.....	199
I Les divergences d'interprétation nées des actes préparatoires des contrats.....	199
II Les divergences d'interprétation nées des groupes de contrats.....	200

Section II Les solutions aux conflits d'interprétation nés du contentieux arbitral	202
§I Interprétation de l'AUDCG par les Principes Unidroit.....	205
I Les Principes Unidroit appliqués comme complément de l'AUDCG.....	206
II Les Principes Unidroit appliqués comme lex contractus.....	207
III L'application des Principes Unidroit comme lex fori dans l'arbitrage institutionnel.....	209
§ II Élaboration des principes d'interprétation.....	211
I L'interprétation selon le choix de la langue du contrat.....	211
II Les pratiques issues de la communauté professionnelle.....	213
§ III Le recours subsidiaire à la règle de conflit de lois.....	218
I L'application de la lex causae.....	218
II L'application de la lex fori.....	219
Conclusion du Titre II.....	222
Conclusion de la Partie I.....	224
DEUXIEME PARTIE LES CONFLITS DE NORMES SUPRANATIONALES	225
TITRE I CONFLITS DE CONVENTIONS SOUS-REGIONALES.....	230
Chapitre I : concurrence entre AUDCG dans ses dispositions relatives aux effets de commerce et le règlement UEMOA n°15/2002 relatif aux systèmes de paiement.....	232
Section I Les conflits matériels opposant les deux instruments.....	235
§ I Le conflit relatif a la validité des effets de commerce.....	235
I Les conflits relatifs aux conditions de fond des lettres de change et billets a ordre dans les deux instruments.....	235
A Le consentement.....	235
B La capacité.....	237
C La cause.....	241

II Les conditions de forme des lettres de change et billets a ordre dans les deux instruments.....	242
A Les mentions obligatoires.....	242
B Les sanctions de l'absence ou de l'inexactitude des mentions obligatoires de la lettre de change.....	245
§ II La prescription de la lettre de change.....	246
I Domaine de la prescription cambiaire dans les instruments AUDCG et UEMOA	246
A Les conditions d'application de la prescription cambiaire.....	247
B Les recours qui échappent a la prescription cambiaire.....	247
II Les règles de calcul de la prescription cambiaire.....	249
A Action contre l'accepteur.....	249
B Les actions du porteur contre le tireur et les endosseurs.....	250
C Les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur.....	250
III Les causes d'interruption et de suspension de la prescription cambiaire.....	251
A L'action en justice.....	251
B La force majeure.....	253
Section II Solutions aux conflits de lois en matière d'effets de commerce.....	255
§ I La soumission de la lettre de change a la règle locus regit actum	255
I La règle locus regit actum s'applique a la forme des effets de commerce et à la forme des engagements cambiaires.....	256
A La forme de la lettre de change et du billet a ordre.....	256
B La forme des engagements cambiaires est soumise a la lex locus regit actum...	257
II Les difficultés de mise en œuvre de la règle locus regit actum.....	258
A La difficile détermination de la loi locale.....	258
B Les assouplissements a la règle locus regit actum.....	259
§ II Les lois de police nécessaires à la protection de l'ordre économique.....	261

I Le droit cambiaire interne et les lois de police.....	262
II Les lois de police en droit cambiaire international.....	263
A Le pluralisme de lois de police en matière contractuelle.....	264
1.L'application de la loi de police du for.....	264
2 L'application des lois de police étrangères.....	265
B Le pluralisme de lois de police en matière cambiaire.....	267
1 Les lois de police du for applicables à la lettre de change et au billet à ordre...	268
2 L'application des lois de police étrangères à la réglementation cambiaire.....	271
Conclusion du chapitre.....	275
Chapitre II Conflit de normes droit OHADA et droit UEMOA des investissements.....	276
Section I La place de l'investissement dans le droit OHADA et le projet de code des investissements de L'UEMOA.....	278
§ I La place de l'investissement dans le droit OHADA.....	278
I Les investissements visés par le traite OHADA.....	279
A La place de l'investissement national dans le droit OHADA.....	279
B La place de l'investissement régional dans le droit OHADA.....	280
C La place de l'investissement international dans le droit OHADA.....	280
II Les instruments juridiques favorisant l'investissement dans l'espace OHADA	281
A Création d'un environnement juridique structuré.....	282
1. Des règles uniformes relatives à la constitution des sociétés.....	283
2. L'obligation d'information pesant sur les sociétés cotées.....	284
3. Conflit entre Lex societatis et la loi boursière.....	284
4. Pacte d'actionnaires et investissement dans l'AUSC-GIE.....	287
5. Règles relatives à l'organisation des activités commerciales dans l'espace OHADA.....	288

6. Conflit entre l'AUDCG et les codes nationaux d'investissements des États membres de l'OHADA.....	289
7. L'injonction de payer et les difficultés du recouvrement des créances.....	291
B Création d'un espace judiciaire fiable.....	293
1 Les dispositions de l'OHADA en faveur de l'arbitrage pour les personnes publiques.....	294
2 La CCJA, instrument de sécurité juridique pour les investisseurs.....	297
§ II Le droit des investissements publics appréhendés par le projet de code des investissements de l'UEMOA.....	298
I L'investissement doit contribuer au développement de l'État hôte.....	300
II L'arbitrage des différends relatifs aux investissements dans le projet de code des investissements UEMOA.....	303
A Le règlement amiable des différends entre investisseurs et États d'accueil....	303
B L'arbitrage CIRDI - CCJA des différends relatifs aux investissements.....	304
Section II Étude comparée des deux règlements d'arbitrage CCJA-CIRDI.....	307
§ I Les points communs aux deux règlements d'arbitrage.....	307
I Les principes essentiels de l'arbitrage international communs au CIRDI et à LA CCJA.....	307
A La manifestation de la volonté au stade de la procédure arbitrale.....	308
1 La manifestation de la liberté des parties lors de la constitution du tribunal arbitral et les pouvoirs accordés aux arbitres.....	308
2 La liberté des parties quant à la désignation de la loi applicable au fond du litige dans les deux règlements.....	309
B Les principes d'autonomie de la convention d'arbitrage et de compétence-compétence consacrés par les deux règlements.....	311

1 L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal.....	311
2 Le principe de compétence-compétence.....	312
II La garantie des principes fondamentaux de la procédure arbitrale dans les règlements CIRDI et CCJA.....	316
A Le respect du principe du contradictoire et d'égalité des parties.....	316
B- Le principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres.....	317
1 L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec une partie au litige.....	318
2 L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec le Conseil de l'une des parties.....	320
3 L'obligation pour l'arbitre de révéler ses liens avec un autre arbitre.....	321
§ II- Les spécificités propres aux deux règlements.....	323
I L'encadrement de la procédure arbitrale.....	323
A L'organisation de la procédure arbitrale.....	323
B Les mesures provisoires dans les deux règlements d'arbitrage.....	325
C La notion de confidentialité dans les deux règlements d'arbitrage.....	327
II L'efficacité de la sentence arbitrale.....	328
A L'exécution forcée des sentences arbitrales CIRDI et CCJA.....	329
B- Le recours contre la sentence.....	331
Section III Les solutions prévues par les traites UEMOA et OHADA.....	333
§ I Les solutions prévues par l'UEMOA et l'OHADA.....	333
I Les solutions préventives prévues par le traité UEMOA.....	333
A La concertation en vue d'éliminer les incompatibilités.....	333
1 L'obligation de concertation.....	334
2 L'obligation de loyauté de se concerter.....	335
B La concertation en vue de prévenir les doubles emplois des normes concurrentes.....	336

1 Le dialogue entre les législateurs UEMOA et OHADA.....	336
2 Le dialogue entre les juridictions supranationales.....	337
II Les solutions prévues par le traité OHADA.....	338
A Des solutions s'inscrivant dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969.....	338
B Des solutions difficiles à mettre en œuvre.....	339
1 Les conditions de modification des Actes uniformes OHADA.....	339
2 Les conditions de révision du traité OHADA.....	340
§ II Des solutions complexes.....	341
I La règle de la matière spéciale.....	340
II Les critères de rattachement pour désigner la convention applicable.....	342
III Application distributive des normes uniformes et communautaires par le juge national.....	343
IV Impossible application distributive des normes uniformes et communautaires par le juge national.....	345
Conclusion du chapitre.....	348
Conclusion du TITRE I.....	350
TITRE II LE CONFLIT NE DE CONVENTIONS SUPRA REGIONALES.....	351
Chapitre I Risque de conflits ou de concurrence entre l'AUDCG et les conventions de droit matériel sur la prescription en matière de vente de marchandises.....	352
Section I Les conventions matérielles applicables a la prescription.....	355
§ I Les champs d'application respectifs de la Convention de New-York du 14 juin 1974 et du Protocole de Vienne du 11 avril 1980.....	356
I La Convention de New-York du 14 juin 1974 sur la prescription.....	357

A Le domaine d'application matérielle de la Convention de New-York du 14 juin 1974.....	357
1 Les contrats et les marchandises visés par la Convention de New-York du 14 juin 1974.....	357
2 Les actions concernées par la Convention de New-York du 14 Juin 1974.....	358
B Le champ d'application spatiale de la Convention de New-York du 14 juin 1974 relative a la prescription extinctive.....	360
II Le Protocole du 11 avril 1980 sur la prescription extinctive.....	361
A L'établissement des parties sur le territoire d'États contractants différents.....	361
B L'application du Protocole du 11 avril 1980 par le mécanisme de la règle de conflit de lois : le litige est soumis a la loi d'un État contractant.....	362
§ II Le champ d'application de l'AUDCG.....	363
I Le champ d'application matériel de l'AUDCG.....	363
A Les obligations nées des activités entre entrepreneurs ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs.....	364
1 Le régime général de la prescription de droit commun dans l'AUDCG : la prescription quinquennale.....	365
2 Les exceptions au principe de la prescription quinquennale.....	366
B La prescription exceptionnelle (annale) applicable a la vente commerciale OHADA.....	367
II Le champ d'application spatiale de l'AUDCG.....	369
§ III Les risques de conflits entre l'AUDCG et la Convention de New-York du 14 juin 974 et le Protocole du 11 avril 1980.....	371
I Le risque de conflits dans le temps.....	372
A Le conflit de conventions dans le temps.....	372
B Le conflit de lois en droit interne consécutif a l'adoption de l'AUDCG et le	

principe de non rétroactivité.....	376
II Le conflit relatif au délai de prescription dans les deux textes.....	379
A Le délai de prescription dans les deux textes conventionnels.....	379
B Solution aux conflits relatifs au délai de prescription.....	381
Section II Détermination de la loi applicable à la prescription	
Internationale.....	383
§ I Les perspectives de l'OHADA en matière de prescription.....	386
I L'AUDCG rejette la lex fori en matière de prescription.....	386
II L'AUDCG consacre le rattachement de la prescription a la loi qui régit la question au fond.....	387
III Les principes d'Unidroit applicables à la prescription.....	390
A Les principes d'Unidroit et les dispositions impératives et d'ordre public interne.....	390
B Les principes d'Unidroit et les dispositions impératives issues de l'AUDCG.....	391
§ II Les difficultés d'application de la méthode conflictuelle.....	396
I Les difficultés propres a la méthode conflictuelle dans l'espace OHADA..	396
A La désignation du droit applicable.....	396
B L'application du droit désigné.....	398
II Les difficultés propres à l'AUDCG.....	399
A Le champ d'application matérielle limité de l'AUDCG.....	400
B Le champ d'application territoriale restreint de l'AUDCG.....	402
Conclusion du Chapitre.....	404

Chapitre II Risques de conflits entre l'AUDCG et les conventions de droit matériel relatives à la vente commerciale et à la représentation.....	405
Section I Conflit entre l'AUDCG, la CVIM et la Convention de Genève du 11 février 1983 sur la Représentation en matière de vente internationale de marchandises.....	409
§ I Divergences entre l'AUDCG et la CVIM.....	409
I Les divergences quand aux délais de dénonciation du défaut de conformité et de la prescription de l'action du créancier contre le débiteur.....	410
A Les divergences quand au délai de dénonciation du défaut de conformité.....	410
B Les divergences quand aux délais de prescription.....	413
1 La prescription à l'égard de l'entrepreneur.....	414
2 La prescription dans la vente commerciale.....	414
II Les divergences relatives à la prévisibilité du manquement.....	415
§ II Le conflit entre l'AUDCG et la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises.....	417
I Les divergences quant aux effets juridiques de la représentation.....	419
A La Convention de Genève régit les effets juridiques externes de la représentation.....	419
B L'AUDCG régit les relations internes de la représentation.....	421
I La loi applicable à la représentation.....	422
A La loi applicable aux relations internes entre le représenté et l'intermédiaire.....	422
1 La loi d'autonomie applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire.....	422
2 La détermination de la loi applicable par le rattachement.....	425

B La loi applicable aux relations entre le représente et le tiers et entre le tiers et l'intermédiaire.....	427
1 La soumission du contrat principal à la loi d'autonomie.....	428
2 La loi applicable entre l'intermédiaire et le tiers.....	429
a. La loi applicable dans les relations non contractuelles entre l'intermédiaire et le tiers.....	430
b. La loi applicable en cas de relation contractuelle entre l'intermédiaire et le tiers.....	432
Section II Les solutions à la concurrence entre AUDCG et les conventions Internationales relatives à la vente commerciale.....	
Internationales relatives à la vente commerciale.....	433
§ I Solutions préconisées par la CVIM.....	433
I L'application de l'AUDCG par la volonté des parties et le cas des réserves.....	434
A L'applicabilité du droit matériel unifié.....	434
B La clause de compatibilité de la CVIM.....	435
II La primauté de l'instrument régional AUDCG sur la CVIM.....	437
§ II Solutions aux conflits de règles matérielles OHADA et la CRIV sur les intermédiaires de commerce et a la représentation.....	440
I Exclusion de la CRIV en vertu de ses propres dispositions.....	440
A Application de l'AUDCG ayant le même objet que la CRIV du 17 février 1983.....	440
B Les dérogations conventionnelles à la CRIV.....	442
II L'exclusion de la CRIV résultant des réserves et des insuffisances.....	442
A Les exclusions prévues aux articles 11 et 27 de la Convention de Genève du 17 février 1983.....	442
B Les insuffisances de la CRIV du 17 février 1983.....	444

Conclusion du chapitre.....	445
Conclusion générale.....	446
Index alphabétique.....	448
Bibliographie.....	453
Table des matières.....	481